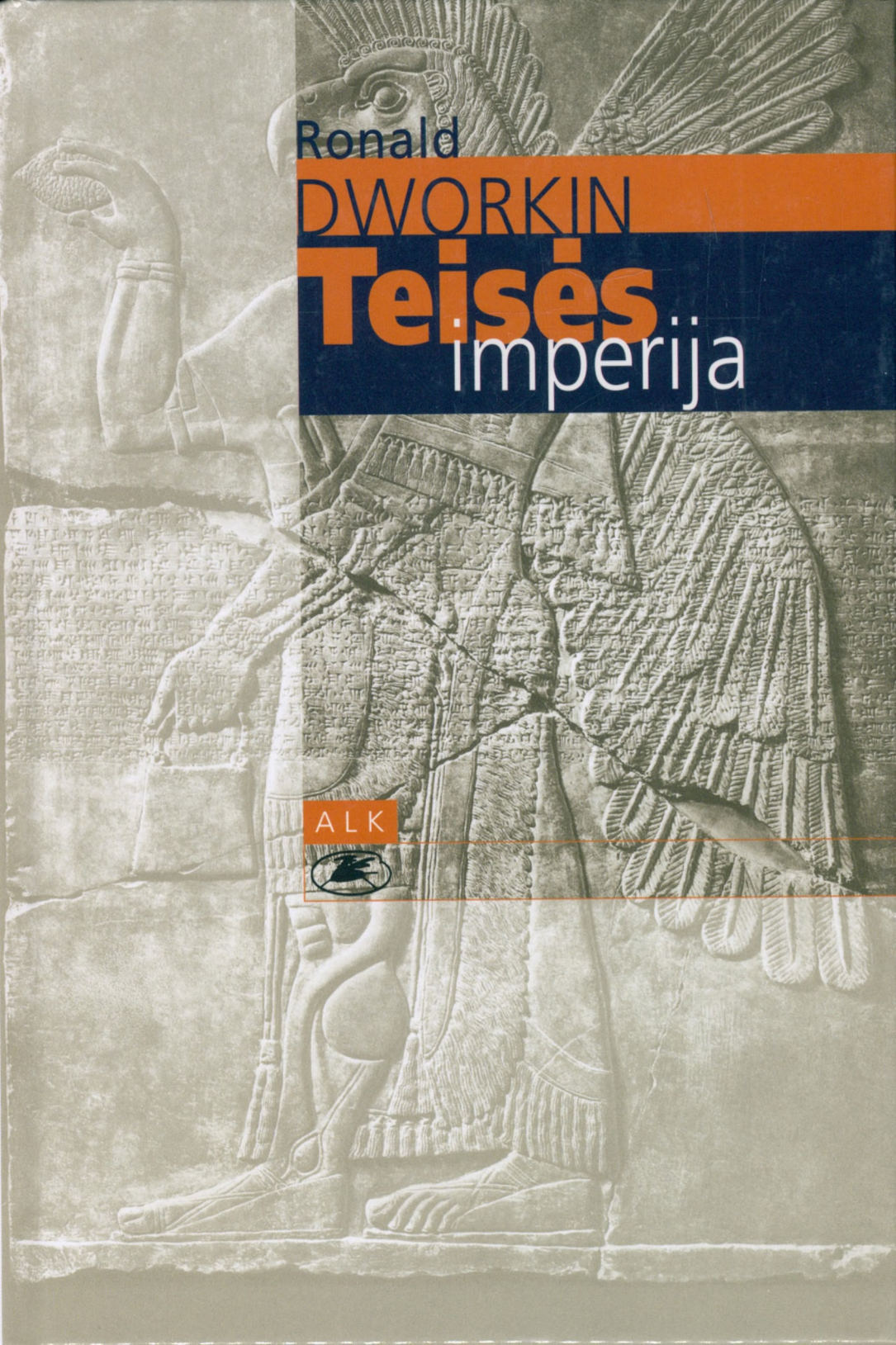

Ronald

DWORKIN

Teisės imperija

ALK

Ronald Dworkin / TEISĖS IMPERIJA

Ronald Dworkin

TEISĖS IMPERIJA

IŠ ANGLŲ KALBOS VERTĖ
KAROLIS KLIMKA

LIETUVOS
RAŠYTOJŲ SĄJUNGOS
LEIDYKLA
VILNIUS

UDK 340.12
Dv79

This edition is published with the support
from the Open Society Fund – Lithuania and from the CEU
Translation Project of the Open Society Institute – Budapest.
Knygos leidimą finansavo Atviros Lietuvos fondas
ir Atviros visuomenės institutas Budapešte
(Vidurio Europos universiteto Vertimų projektas)

Versta iš:
Ronald Dworkin, *Law's Empire,*
Harvard University Press, 1986

Publisher by arrangement with Harvard University Press
Copyright © 1986 by Ronald Dworkin
All rights reserved
© Vertimas, Karolis Klimka, 2005
© Dizainas, Romas Orantas, 2005
© Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2005

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-39-369-8

Turinys

Įžanga / 9

1. KAS YRA TEISĖ? / 13

Kodėl tai svarbu. Nesutarimas dėl teisės. Akivaizdaus fakto postulatas. Įžanginis prieštaravimas. Realusis pasaulis. Teisės semantinės teorijos. Realusis argumentas už semantines teorijas

2. INTERPRETACIJOS SĄVOKOS / 57

Semantinis geluonis. Įsivaizduojamas pavyzdys. Pirmas žvilgsnis į interpretaciją. Interpretacija ir autoriaus intencija. Menas ir intencijos prigimtis. Intencijos ir elgsenos. Interpretacijos stadijos. Pagarbumo filosofai. Digresija: teisingumas. Skeptiškas požiūris į interpretaciją

3. PERŽIŪRĖTA JURISPRUDENCIJA / 99

Naujas vaizdas. Teisės sąvokos ir sampratos. Skeptinės sampratos ir pagedusi teisė. Teisės pagrindai ir galia

4. KONVENCIONALIZMAS / 126

Jo struktūra. Jo patrauklumas. Teisinės konvencijos. Dvi konvencionalizmo rūšys. Ar konvencionalizmas atitinka mūsų praktiką? Ar konvencionalizmas pateisina mūsų praktiką?

5. PRAGMATIZMAS IR PERSONIFIKACIJA / 163

Skeptinė samprata. Ar pragmatizmas atitinka mūsų praktiką? Teisė be teisių. Integralumo teiginiai. Personifikuota bendruomenė

6. INTEGRALUMAS / 188

Planas. Ar integralumo samprata atitinka mūsų praktiką? Ar integralumas patrauklus? Legitimumo galvosūkis. Bendruomenės pareigos. Brolybė ir politinė bendruomenė. Padrikos baigiamosios pastabos

7. TEISĖS INTEGRALUMAS / 238

Platus žvilgsnis. Teisės grandinė. Teisė: emocinės žalos klausimas. Preliminari reziumė. Keletas gerai žinomų prieštaravimų. Skepticizmas teisėje

8. BENDROJI TEISĖ / 291

Ekonominė interpretacija. Keblumai. Teisingumo klausimas. Utilitarinė pareiga. Egalitarinė interpretacija. Lygybės sampratos. Lygybė ir lyginamoji kaina. Privatūs žmonės ir viešosios organizacijos

9. ĮSTATYMAI / 329

Legislatyvinė intencija. Kalbėtojo intencija. Įsitikinimai. Heraklio metodas. Legislatyvinė istorija. Įstatymai laiko procese. Kada kalba yra aiški?

10. KONSTITUCIJA / 373

Ar konstitucinė teisė pagrįsta klaida? Liberalai ir konservatoriai. Istorizmas. Pasyvizmas. Heraklis Olimpe. Rasinės lygybės teorijos. Sprendžiant Brown bylą. Sprendžiant Bakke'o bylą. Ar Heraklis – tironas?

11. TEISĖ ANAPUS TEISĖS / 419

Teisės išgrynėjimas. Teisės svajos. Epilogas: kas yra teisė?

Išnašos / 435

Vardų rodyklė / 475

SKIRIAMA BETSEI

Įžanga

Mes gyvename teisėje ir vadovaudamiesi teise. Ji daro mus tuo, kuo esame: piliečiais ir samdomais darbuotojais, daktarais ir sutuoktiniais, ir žmonėmis, turinčiais nuosavų daiktų. Ji yra kalavijas, skydas ir grėsmė: mes nenusileidžiame dėl algos arba atsisakome mokėti nuomą, arba esame verčiami mokėti baudas, arba uždaromi į kalėjimą – vis mūsų abstrakčiojo ir nežemiškojo suvereno, teisės, nustatytų reikalavimų vardu. Ir mes *ginčijamės* dėl to, ką ji nustatė, net kai kodeksai, kurie laikomi komandų ir direktyvų įrašais, yra nebylūs; tuomet elgiamės taip, tarsi teisė savo dekretą būtų ištarusi neaiškiai, pernelyg dusliai, kad būtų aiškiai išgirsta. Mes esame teisės imperijos subjektai, jos metodų ir idealų vasalai, saistomi jos dvasios, kai svarstome, ką gi mes dabar privalome daryti.

Kokia viso to prasmė? Kaip teisė gali komanduoti, kai teisės knygos tyli arba yra neaiškios ar dviprasmiškos? Ši knyga imasi pateikti išsamų atsakymą [į šiuos klausimus], kurį iki šiol gvildenau epizodiškai tai šen, tai ten jau ne vienerius metus: kad teisinis samprotavimas *(reasoning)* yra konstruktyvios interpretacijos praktika, kad mūsų teisės esmę sudaro geriausias mūsų teisinių praktikų kaip visumos pateisinimas, kad ją sudaro naratyvinė istorija *(narrative story)*, kuri tas praktikas paaiškina kiek įmanoma geriausiai. Pagal šią pažiūrą, savarankiška teisinio argumento struktūra ir ją ribojantys rėmai iškyla tik tuomet, kai mes identifikuojame ir atskiriame skirtingas ir dažnai konkuruojančias politinės vertės dimensijas, skirtingas gijas, suaustas draugėn sudėtingame sprendinyje, anot kurios, viena interpretacija teisės istoriją *(story)* daro, apskritai imant ir į viską atsižvelgiant, geresnę, negu gali bet kuri kita. Ši knyga išgrynina, išple-

čia ir iliustruoja šią teisės koncepciją. Jos pagrindų ji žvalgosi bendresnėje integralumo, bendruomenės ir broliškumo politikoje. Ji atseka jos padarinius abstrakčiai teisinei teorijai, o tuomet – serijai konkrečių bylų, iškeltų pagal bendrąją teisę *(common law)*, rašytinius įstatymus ir Konstituciją.

Aš naudoju keletą argumentų, instrumentų ir pavyzdžių, kuriuos esu naudojęs anksčiau, tačiau šįkart – kitokia ir, tikiuosi, tobulesne forma. Šis kartojimas yra sąmoningas: čia jis leidžia pateikti glaustčiau daugelį aptarimų ir pavyzdžių, nes skaitytojai, kurie pageidauja įsigilinti į juos detaliau, nei buvo būtina šios knygos temos plėtojimui, gali pasinaudoti mano pateikiamomis nuorodomis į išsamesnį aiškinimą. (Daugelis iš šių ilgesnių aptarimų yra knygoje *A Matter of Principle* [Principo reikalas], Cambridge, Mass., and London, 1985.) Ši knyga paliečia – kaip ir privalo bet kuri bendra teisės teorijos knyga – nemaža painių ir intensyviai studijuojamų bendrosios filosofijos klausimų. Aš nenorėjau bendro dėstymo pertraukinėti ekskursais į šiuos klausimus, todėl, kiek tai buvo įmanoma, juos nagrinėju ilgose pastabose-išnašose. Be to, ilgose pastabose plačiau aptariu tikrus argumentus, kuriuos pateikė atskiri teisės mokslininkai.

Nesistengiau atskleisti, kiek ši knyga pakoreguoja ar keičia požiūrius, kuriuos gyniau ankstesnėse knygose. Tačiau gali būti naudinga iš anksto pažymėti, kaip ji traktuoja dvi nuostatas, kurios buvo intensyviai komentuojamos. Knygoje *Rimtas požiūris į teises* aš pateikiau argumentus prieš teisinį pozityvizmą, kurie akcentavo bylų sprendimo fenomenologiją: aš sakiau, kad teisėjai paprastai jaučia pareigą priskirti praeities sprendimams tai, ką vadinu „gravitacine galia", ir kad ši jaučiama pareiga paneigia pozityvistų teisėjo diskrecijos doktriną. Dabar, šioje knygoje, ypač 4-ame skyriuje, akcentuojami interpretaciniai, o ne fenomenologiniai pozityvizmo trūkumai, tačiau iš esmės tai tos pačios ydos. Taip pat daugelį metų pasisakiau prieš pozityvizmo teiginį, kad į kontroversiškus teisinius klausimus negali būti „teisingų" atsakymų, o tik – „skirtingi" atsakymai; laikiausi nuomonės, kad daugumos sunkiųjų bylų atveju esama teisingų atsakymų, kurių dera ieškoti protu ir vaizduote. Kai kurie kritikai

manė, kad aš turėjau galvoje, jog tais atvejais vieną atsakymą galima *įrodyti* esant teisingą kiekvieno pasitenkinimui, nors aš visada tvirtinau, kad galvoje turėjau ne tai, ir kad klausimas, ar mes galime turėti pagrindą manyti, jog atsakymas yra teisingas, skiriasi nuo klausimo, ar galima įrodyti, jog jis yra teisingas. Šioje knygoje aš įrodinėju, kad kritikai nepajėgė suprasti, dėl ko yra toji kontroversija dėl teisingų atsakymų – koks yra jos objektas, jeigu skeptiška tezė, esą teisingų atsakymų nėra, turi būti traktuojama kaip šioks ar toks argumentas prieš teisės teoriją, kurią aš ginu. Aš teigiu, kad ta kontroversija yra dėl moralės, o ne dėl metafizikos, ir tezė, jog teisingo atsakymo nėra, suprantama kaip moralinis teiginys, yra lygiai taip pat visai neįtikinama moralėje, kaip ir teisėje.

Apskritai aš nemėginau savo pažiūrų lyginti su kitų teisės ir politinių filosofų pažiūromis, klasikinių ar šiuolaikinių, arba nurodyti, kokiu mastu esu patyręs jų darbų įtaką ar remiuosi tais darbais. Ši knyga nėra ir naujų jurisprudencijos idėjų apžvalga. Tiesa, aš plačiai aptariu keletą madingų pažiūrų teisės teorijoje, įskaitant „švelnųjį" teisinį pozityvizmą, ekonominę teisės analizę, kritinių teisės studijų sąjūdį ir „pasyvios intencijos" bei „teksto kūrėjo intencijos" *(framer's intention)* teorijas, gyvuojančias Amerikos konstitucinėje teisėje. Tačiau jas aptarinėju dėl to, kad jų teiginiai susikerta su mano teikiamu argumentavimu, ir visiškai ignoruoju daugelį teisės filosofų, kurių darbas yra toks pat svarbus kaip šių ar net svarbesnis.

Frankas Kermode'as, Sheldonas Leaderis, Roy McLeesas ir Johnas Oakley – kiekvienas perskaitė nemažos knygos dalies rankraštį ir pateikė plačius komentarus. Jų pagalbos vertę sunku perdėti: kiekvienas iš jų apsaugojo mane nuo stambių klaidų, prisidėjo svarbiais pavyzdžiais, pastebėjo problemas, kurios išsprūdo iš mano dėmesio lauko, ir paskatino mane permąstyti kai kuriuos argumentus. Jeremy Waldronas perskaitė ir pataisė 6-ą skyrių, o Thomas Grey – 2-ą. Daugumą išnašų – bet ne ilgąsias pastabas – parengė Williamas Ewaldas, Williamas Riesmanas ir itin daug pasidarbavęs Roy McLeesas; šios knygos kaip nuorodų šaltinio vertė yra vien tik jų nuopelnas. Už

dosnią paramą dėkoju Niujorko universiteto teisės mokyklos Filomeno D'Agostino ir Maxo E. Greenbergo Tyrimų fondui. Esu dėkingas Davidui Eriksonui iš Xyquest, Inc., kuris pasiūlė savo paslaugas specialiai pritaikant puikią tos firmos teksto rengimo programą XyWrite III, kad galėčiau ja naudotis rašydamas šią knygą. Pego Andersono iš Harvardo universiteto leidyklos pagalba buvo išskirtinai naudinga, ir jis buvo nusiteikęs kantriai iškęsti daromus net paskutinę akimirką taisymus.

Kitiems žmonėms esu skolingas platesne prasme. Mano kolegos Didžiosios Britanijos jurisprudencinėje bendruomenėje Johnas Finnisas, H. L. A. Hartas, Neilas MacCormickas, Josephas Razas ir Williamas Twiningas buvo kantrūs sunkaus mokinio *(a dense pupil)* vadovai, o mano draugai Niujorko universiteto teisės mokykloje, ypač Lewisas Kornhauseris, Williamas Nelsonas, Davidas Richardsas ir Laurence'as Sageris, man buvo nuolatinis sumaningos įžvalgos ir patarimų šaltinis. Tačiau visų pirma esu dėkingas griežtiems kritikams, kurių dėmesį man pavyko patraukti jau anksčiau; šią knygą būtų galima paskirti jiems. Atsakinėjimas į kritiką man buvo pati produktyviausia viso darbo dalis. Aš tikiuosi, kad man ir vėl pasiseks.

1. Kas yra teisė?

KODĖL TAI SVARBU

Svarbu yra tai, kaip teisėjai sprendžia bylas. Labiausiai žmonėms, kuriems tiesiog nepasisekė arba kurie mėgsta bylinėtis, arba yra nedori, arba šventuoliški *(saintly),* ir to užteko, kad jie atsidurtų teisme. Learnedas Handas, kuris buvo vienas geriausių ir įžymiausių Amerikos teisėjų, sakė, jog teismo proceso *(lawsuit)* jis bijo labiau nei mirties ar mokesčių. Užvis baisiausios yra baudžiamosios bylos, taip pat jos labiausiai traukia publikos dėmesį. Tačiau civilinės bylos, kuriose vienas asmuo reikalauja kompensacijos iš kito asmens arba apsaugos nuo jo dėl kokios nors būtos ar gresiančios žalos, kartais turi daugiau pasekmių negu visos kitos, išskyrus pačius iškiliausius baudžiamuosius procesus. Gero vardo apgynimas ar jo sužlugdymas gali priklausyti nuo vienintelio argumento, kuris kitam teisėjui arba netgi tam pačiam teisėjui anądien galėjo nepasirodyti toks stiprus. Žmonės dažnai laimi ar pralaimi labiau dėl vieno teisėjo galvos linktelėjimo, negu (jiems galėtų padėti laimėti ar pralaimėti) dėl kokio nors bendro Kongreso ar Parlamento akto.

Bylų sprendimas yra svarbus ir kitu atžvilgiu, kurio neįmanoma pamatuoti pinigais ar netgi laisve. Teisės byla neišvengiamai turi moralinę dimensiją, taigi yra susijusi su vienokios ar kitokios formos viešosios neteisybės rizika. Teisėjas turi nuspręsti ne tik tai, kas kam turi priklausyti, bet ir kas gerai elgėsi, kas laikėsi pilietinių įsipareigojimų, o kas tyčia, iš godumo arba dėl nejautrumo nepaisė savo įsipareigojimų kitiems arba perdėjo jų įsipareigojimus savo atžvilgiu. Jeigu tas sprendimas yra neteisingas, tai bendruomenė bus padariusi moralinę skriaudą vienam iš savo narių, nes ji tam tikru mastu ar atžvilgiu paženklino jį kaip neginamą teisės. Skriauda yra skaudžiausia tuomet,

kai nusikaltimu apkaltinamas nekaltas asmuo, bet ji pakankamai didelė ir tuomet, kai ieškovui, pateikusiam pagrįstą pretenziją, teismas atsako neigiamai arba kai atsakovas lieka su nepelnyta dėme.

Tai yra tiesioginės bylų sprendimo pasekmės bylos šalims ir jų artimiesiems. Britanijoje ir Amerikoje, kaip ir daug kur kitur, teisėjo sprendimai paveikia labai didelį skaičių kitų žmonių, nes teisė dažnai tampa tuo, kuo ją esant sako teisėjai. Pavyzdžiui, šiuo atžvilgiu yra svarbūs, kaip plačiai žinoma, Jungtinių Valstijų Aukščiausiojo teismo sprendimai. Šis Teismas turi galią atšaukti net labiausiai apgalvotus ir populiariausius kitų valdžios padalinių sprendimus, jeigu mano juos prieštaraujant Konstitucijai, taigi jis turi paskutinį žodį dėl to, ar – ir kaip – valstijos gali vykdyti bausmę žudikams arba drausti abortus, arba reikalauti maldos valstybinėse mokyklose, dėl to, ar Kongresas gali įstatymu pašaukti kareivius į karą arba versti prezidentą išviešinti jo tarnybos paslaptis. Kai 1954 m. teismas nusprendė, kad jokia valstija neturėjo teisės skirstyti mokyklų pagal rasę, tai pakėlė tautą į socialinę revoliuciją, daug radikalesnę nei yra sukėlusi, ar galėtų sukelti kuri nors kita politinė institucija.[1]

Aukščiausiasis teismas yra pats ryškiausias teisėjo galios paliudijimas, tačiau kitų teismų sprendimų bendra svarba dažnai taip pat yra didelė. Štai du pavyzdžiai, parinkti beveik atsitiktinai, iš anglų teisės istorijos. Devynioliktajame amžiuje anglų teisėjai paskelbė, kad fabriko darbininkas negali bylinėtis su savo darbdaviu dėl kompensacijos, jeigu jis buvo sužalotas dėl kito darbininko aplaidumo.[2] Jie sakė, kad darbininkas „prisiima riziką" [ir žino], jog jo „bendradarbiai" gali būti neatidūs ir jog kiekvienu atveju darbininkas geriau negu darbdavys žino, kurie kiti darbininkai yra neatidūs ir galbūt turi jiems didesnę įtaką. Ši norma (kuri atrodė ne tokia kvaila, kai populiaresni buvo darviniški kapitalizmo vaizdiniai) turėjo didelę įtaką kompensacijos už gamybines traumas įstatymams, kol galiausiai jos buvo atsisakyta.[3] 1975 m. Lordas Widgery, labai įtakingas Britanijos teisėjas, nustatė normas, reglamentuojančias, po kiek laiko Kabineto pareigūnas, išėjęs iš tarnybos, gali skelbti konfidencialių Kabineto posėdžių aprašus.[4] Tas sprendimas nustatė, kokia oficialioji medžiaga

bus prieinama žurnalistams ir amžininkams istorikams, kritikuojantiems valdžią, taigi šitaip turėjo poveikio valdžios elgesiui.

NESUTARIMAS DĖL TEISĖS

Kadangi šiais įvairiais atžvilgiais yra svarbu, kaip teisėjai sprendžia bylas, taip pat yra svarbu, kas, jų manymu, yra teisė, ir kai jie dėl to nesutaria, svarbu, kokio pobūdžio yra tas jų nesutarimas. Ar čia esama kokios paslapties? Taip, tačiau mums reikia atskirti tam tikrus dalykus, kad suprastume, koks čia reikalas. Bylos visuomet iškelia – bent jau iš principo – trijų skirtingų rūšių klausimus: fakto, teisės ir tarpusavyje susijusius politinės moralės ir ištikimybės teisei *(fidelity)* klausimus. Pirmiausia, kas įvyko? Ar žmogus, dirbęs prie tekinimo staklių, iš tiesų numetė veržliaraktį bendradarbiui ant kojos? Antra, kokį įstatymą taikyti? Ar teisė leidžia sužalotam darbininkui gauti iš savo darbdavio kompensaciją už tokį sužalojimą? Trečia, jeigu teisė nenumato kompensacijos, ar tai yra neteisinga? Jeigu taip, ar teisėjai turėtų ignoruoti įstatymą ir vis tiek skirti kompensaciją?

Pirmasis iš šių klausimų, fakto klausimas, iš pažiūros yra gana paprastas. Jeigu teisėjai ginčijasi ir nesutaria dėl tikrų, istorinių įvykių, mes žinome, dėl ko jie nesutaria ir kokios rūšies įrodymai užbaigtų ginčą, jeigu jų būtų. Trečiasis klausimas, dėl moralės ir ištikimybės teisei, yra visiškai kitoks, bet taip pat gerai žinomas. Žmonės dažnai nesutaria dėl moralinio gėrio ir blogio *(right and wrong)*, ir šis moralinis nesutarimas nekelia jokių ypatingų problemų, kai kyla teisme. Tačiau kaip dėl antrojo klausimo, teisės klausimo? Teisininkai ir teisėjai labai dažnai, atrodo, nesutaria dėl to, kokia teisė reguliuoja bylą; jie atrodo nesutarią netgi dėl to, kokį testą derėtų panaudoti. Vienas teisėjas, siūlydamas vieną testų grupę, sako, kad teisė yra palanki apygardos mokykloms arba darbdaviui, o kitas, siūlydamas kitokį testų kompleksą, – jog ji palanki moksleiviams arba samdomajam darbininkui. Jeigu šitai iš tiesų yra trečia, atskira nesutarimo rūšis, skirtinga tiek nuo nesutarimų dėl istorinio fakto, tiek nuo moralinių nesutarimų, kas tai per nesutarimas? Dėl ko čia nesutariama?

Pavadinkime „teisės propozicijomis" visus tuos įvairius teiginius ir tvirtinimus, kuriais žmonės pasako, ką teisė jiems leidžia arba draudžia arba suteikia teisę turėti. Teisės propozicijos gali būti labai bendros – „teisė draudžia valstijoms atimti iš ko nors vienodą globą Keturioliktosios pataisos prasme" – arba toli gražu ne tokios apibendrintos – „teisė nenumato kompensacijos darbuotojui, sužalotam bendradarbių", – arba labai konkrečios – „teisė reikalauja iš korporacijos *Acme* kompensuoti Johnui Smithui už sužalojimą, kurį jis patyrė, kai dirbo pagal sutartį praėjusį vasarį". Teisininkai, teisėjai ir paprasti žmonės paprastai remiasi prielaida, kad bent jau kai kurios teisės propozicijos gali būti teisingos arba klaidingos.[5] Tačiau niekas nemano, kad jos skelbia kokios nors šmėkliškos figūros pranašystes: jos yra ne apie tai, ką Teisė pašnibždėjo planetoms. Tiesa, teisininkai kalba apie tai, ką „sako" teisė arba ar teisė yra „nebyli" kokiu nors klausimu. Tačiau tai yra tiesiog kalbos figūros.

Visi mano, kad teisės propozicijos yra teisingos arba klaidingos (arba nei tokios, nei tokios) dėl kitų, įprastesnių, propozicijų rūšių, kurių atžvilgiu šios teisės propozicijos yra (kaip galėtume pasakyti) parazitiškos. Šios įprastesnės propozicijos teikia tai, ką aš vadinsiu teisės „pagrindais". Propozicija, kad niekas važiuodamas Kalifornijoje negali viršyti 55 mylių per valandą greičio, yra, kaip mano dauguma žmonių, teisinga dėl to, kad tos valstijos įstatymų kūrėjų dauguma pasakė „taip" arba pakėlė ranką, kai tekstas, skirtas šitai nustatyti, gulė ant jų stalo. Tai negalėtų būti tiesa, jeigu nieko tokio nebūtų įvykę; tuomet tai negalėtų būti teisinga tiesiog dėl to, ką kokia nors šmėkliška figūra pasakė, arba dėl to, kas buvo aptikta transcendentinėse lentelėse danguje.

Dabar mes galime atskirti du būdus, kuriais teisininkai ir teisėjai gali nesutarti dėl teisės propozicijos tiesos. Jie gali sutarti dėl teisės pagrindų – dėl to, kada kitų, įprastesnių, propozicijų tiesa arba klaidingumas daro tam tikrą teisės propoziciją teisingą arba neteisingą, – bet nesutarti, ar konkrečiu atveju tie pagrindai iš tiesų tenkina. Pavyzdžiui, teisininkai ir teisėjai galėtų sutarti, kad greičio riba Kalifornijoje yra 55, jeigu oficialiame Kalifornijos įstatymų kodekse

yra tai nustatantis įstatymas, tačiau nesutarti, ar tai yra greičio riba dėl to, kad jie nesutaria, ar knygoje iš tiesų yra toks įstatymas. Šitai mes galėtume pavadinti empiriniu nesutarimu dėl teisės. Arba jie gali nesutarti dėl teisės pagrindų, dėl to, kokios kitų rūšių propozicijos, jeigu jos teisingos, tam tikrą teisės propoziciją daro teisingą. Jie gali sutarti – empirine prasme – dėl to, ką įstatymų kodeksas ir praeities teisėjų sprendimai sako apie kompensaciją bendradarbių sužalotam darbuotojui, tačiau nesutaria, koks iš tikrųjų yra kompensacijos įstatymas, nes nesutaria dėl to, ar įstatymų knygos ir teisėjų sprendimai yra išsamūs taikytini teisės pagrindai. Tai galėtume pavadinti „teoriniu" nesutarimu dėl teisės.

Empirinis nesutarimas dėl teisės vargu ar yra paslaptingas. Žmonės gali nesutarti dėl to, kokie yra įstatymo kodekso žodžiai, taip pat, kaip jie nesutaria dėl bet kurio kito fakto dalyko. Tačiau teorinis nesutarimas teisėje, nesutarimas dėl teisės pagrindų, yra problemiškesnis. Vėliau šiame skyriuje pamatysime, kad teisininkai ir teisėjai nesutaria teoriškai. Jie nesutaria dėl to, kokia iš tikrųjų yra teisė, pavyzdžiui, rasinės segregacijos ar gamybinių traumų klausimu, net kai jie sutaria dėl to, kokie įstatymai buvo priimti ir ką teisės pareigūnai yra pasakę ar galvojo praeityje. Kokios rūšies yra šis nesutarimas? Kaip mes patys spręstume, kieno argumentas geresnis?

Plačioji publika, atrodo, dažniausiai nesuvokia, kad egzistuoja tokia problema; išties, panašu, kad ji dažniausiai nesuvokia, jog egzistuoja teorinis nesutarimas dėl teisės. Publikai kur kas labiau rūpi ištikimybė teisei. Politikai, vedamųjų straipsnių autoriai ir paprasti piliečiai nesutaria – kartais su didžiu įkarščiu – dėl to, ar teisėjai didžiosiose bylose, kurios pritraukia publikos dėmesį, „atskleidžia" *(discover)* tą teisę, kurią jie paskelbia, ar ją „išranda" *(invent)*, ir ar teisės „išradinėjimas" yra valstybės valdymo menas *(statecraft)* ar tironija. Tačiau ištikimybės teisei klausimas beveik niekuomet nėra aktyviai svarstomas anglų ir amerikiečių teismuose; mūsų teisėjai retai svarsto, ar jie turėtų vykdyti teisę, kai susitaria, kokia ji iš tikrųjų yra, o anie viešieji debatai iš tiesų yra teorinio nesutarimo dėl teisės pavyzdys, kad ir labai užsimaskavęs.

Trivialia prasme teisėjai neabejotinai „kuria naują teisę“ kiekvienąkart, kai sprendžia svarbią bylą. Jie paskelbia normą ar principą, arba patikslinimą, arba išplėtojimą – pavyzdžiui, jog segregacija yra nekonstituciška arba kad bendradarbio sužalotas darbininkas negali gauti kompensacijos, – kuris niekuomet iki tol nebuvo paskelbtas oficialiai. Tačiau paprastai šiuos „naujus“ teisės teiginius jie teikia kaip patobulintus pranešimus to, kokia teisė, deramai suprasta, jau yra. Jie teigia, kitaip tariant, kad korektiškas tikrųjų teisės pagrindų suvokimas reikalauja to naujo nusakymo, nors tai ir nebuvo suprasta anksčiau ar net buvo paneigta. Taigi viešieji debatai dėl to, ar teisėjai „atskleidžia“, ar „išranda“ teisę, iš tikrųjų vyksta dėl to, ar ir kada tas ambicingas teiginys yra teisingas. Jeigu kas nors sako, kad teisėjai atskleidė mokyklų segregacijos neteisėtumą, jis mano, kad iš tikrųjų segregacija buvo nelegali iki sprendimo, kuris pasakė, kad ji tokia buvo, nors joks teismas iki tol taip nesakė. Jeigu jis sako, kad jie išrado tokią teisę, jis turi galvoje, kad segregacija nebuvo nelegali iki tol, kad teisėjai pakeitė teisę savo sprendimu. Šie debatai būtų pakankamai aiškūs – ir juos būtų galima lengvai išspręsti, bent jau byla po bylos – jeigu visi sutartų dėl to, kokia yra teisė, jeigu nebūtų teorinio nesutarimo dėl teisės pagrindų. Tuomet būtų paprasta patikrinti, ar teisė iki Aukščiausiojo teismo sprendimo iš tikrųjų buvo tai, kuo tas sprendimas pasakė ją esant. Bet kadangi teisininkų (ir teisėjų) nesutarimas yra teorinis, debatai dėl to, ar teisėjai kuria, ar atranda teisę, yra to nesutarimo dalis, nors šie debatai niekaip neprisideda prie jo išsprendimo, nes tikrasis objektas niekuomet neiškyla į paviršių.

AKIVAIZDAUS FAKTO POSTULATAS *(THE PLAIN-FACT VIEW)*

Neįtikėtina, bet mūsų jurisprudencija neturi jokios įtikinamos *(plausible)* teorinio nesutarimo teisėje teorijos. Teisės filosofai, žinoma, supranta, kad teorinis nesutarimas yra problemiškas, kad nėra savaime aišku, kas tai per nesutarimas. Tačiau dauguma iš jų sutarė dėl to,

kas, kaip netrukus pamatysime, yra veikiau atsakymo vengimas, o ne atsakymas. Jie sako, kad teorinis nesutarimas yra iliuzija, kad visi teisininkai ir teisėjai iš tiesų sutaria dėl teisės pagrindų. Aš šitai pavadinsiu „akivaizdaus fakto" postulatu pagrįsta pažiūra į teisės pagrindus; štai preliminarus jos pagrindinių teiginių nusakymas. Teisė yra tik to, ką legalios institucijos, tokios kaip legislatūros ir miestų tarybos ir teismai, yra nusprendusios praeityje, dalykas. Jeigu kuri nors tokio tipo institucija nusprendė, kad bendradarbio sužalotas darbininkas gali gauti kompensaciją, tai šitai yra teisė. Jeigu jis yra nusprendęs priešingai, vadinasi, teisė yra tatai. Taigi į teisės klausimus visuomet gali būti atsakoma pažiūrint į kodeksus, kur sudėti institucinių sprendimų įrašai. Žinoma, kad žinotum, kur pažiūrėti ir kaip suprasti paslaptingus žodžius, kuriais parašytas sprendimas, reikia specialaus pasirengimo. Paprastas žmogus tokio pasirengimo ar žodyno neturi, tačiau teisininkai turi, ir todėl tarp jų negali būti kontroversijos dėl to, pavyzdžiui, ar teisė numato kompensaciją bendradarbio sužalotam darbininkui, jeigu kuris nors iš jų nepadarė empirinės klaidos, susijusios su tuo, kas iš tikrųjų buvo nuspręsta praeityje. „Kitaip tariant, teisė egzistuoja kaip akivaizdus faktas, ir tai, kokia yra teisė, niekaip nepriklauso nuo to, kokia ji turėtų būti. Kodėl tuomet teisininkai ir teisėjai kartais atrodo teoriškai nesutarią dėl teisės? Reikalas tas, kad kai jie atrodo teoriškai nesutarią dėl to, kokia yra teisė, iš tiesų jie nesutaria dėl to, kokia ji turėtų būti. Jų nesutarimas yra nesutarimas moralės ir ištikimybės teisei klausimais, o ne dėl teisės".

Šios pažiūros populiarumas tarp teisės teoretikų padeda paaiškinti, kodėl paprastiems žmonės, kai jie galvoja apie teismus, labiau rūpi ištikimybė teisei negu tai, kokia ta teisė yra. Jeigu teisėjų nuomonės išsiskiria kokiu nors itin reikšmingu atveju ir jų nesutarimas negali kilti dėl jokio teisės klausimo, nes teisė yra akivaizdaus fakto dalykas, lengvai išsprendžiamas kompetentingų teisininkų, tuomet viena pusė būtinai nepaklūsta teisei ar ją ignoruoja, ir tai būtinai yra ta pusė, kuri remia naujovišką – trivialiąja prasme – sprendimą. Taigi ištikimybės klausimas yra klausimas, kuris reikalauja viešos diskusijos ir budrių piliečių dėmesio. Populiariausia opinija Britanijoje ir

Jungtinėse Valstijose reikalauja, kad teisėjai visada, priimdami kiekvieną sprendimą, vykdytų teisę, užuot mėginę ją pagerinti. Jiems gali nepatikti ta teisė, kurią jie randa – ji gali iš jų reikalauti iškeldinti iš namų našlę Kalėdų išvakarėse, siaučiant pūgai, – tačiau jie vis vien privalo ją vykdyti. Pagal šią populiarią opiniją, bėda ta, kad kai kurie teisėjai nepripažįsta šio išmintingo varžto; slapčia ar netgi atvirai jie palenkia teisę savo tikslams ar politikai. Šie teisėjai yra blogi teisėjai, demokratijos uzurpuotojai, griovėjai.

Tai yra populiariausias atsakymas į ištikimybės klausimą, tačiau tai nėra vienintelis galimas atsakymas. Kai kurie žmonės renkasi priešingą pažiūrą, anot kurios, teisėjai turi stengtis visuomet, kai gali, patobulinti teisę, kad jie visuomet turi būti politiški tuo būdu, kurį smerkia pirmasis atsakymas. Blogas teisėjas, mažumos požiūriu, yra sustabarėjęs „mechaniškas" teisėjas, kuris įgyvendina teisę vien dėl jos pačios, be jokios atodairos į to sukeliamą kančią arba neteisybę arba nenaudą. Geras teisėjas atiduoda pirmenybę teisingumui, o ne teisei.

Abi paprasto žmogaus pažiūros versijos, „konservatyvioji" ir „progresyvioji", yra įkvėptos akademinės tezės, jog teisė yra akivaizdaus fakto dalykas, tačiau tam tikrais atžvilgiais akademinė tezė yra rafinuotesnė. Dauguma paprastų žmonių taria, kad kodeksuose yra surašyta teisė, kuri yra lemiama sprendžiant kiekvieną klausimą, galinti patekti į teisėjo rankas. Akademinė akivaizdaus fakto postulato versija šitai neigia. Teisė gali būti nebyli tuo klausimu, su kuriuo susidurta, tvirtina ji, nes joks praeities institucinis sprendimas tuo klausimu nieko nesako nei teigiamai, nei neigiamai. Galbūt jokia kompetentinga institucija niekuomet nėra priėmusi nei sprendimo, kad bendradarbio sužalotas darbininkas gali gauti kompensaciją, nei sprendimo, kad jis negali gauti kompensacijos. Arba teisė gali būti nebyli dėl to, kad taikytinas institucinis sprendimas teikia tik miglotas instrukcijas, skelbdamas, pavyzdžiui, kad namų savininkas turi duoti našlei „pakankamai" laiko *(a 'reasonable' time)* susimokėti nuomos mokestį. Šiomis aplinkybėmis, anot akademinės versijos, joks sprendimo būdas negali būti laikomas taikančiu, o ne keičiančiu tei-

sę. Tokiu atveju teisėjas neturi jokio kito pasirinkimo, o tik apdairiai kurti naują teisę, kad užpildytų plyšius, kur teisė yra nebyli, ir padarytų ją preciziškesnę, kur ji yra miglota.

Niekas čia nekeičia akivaizdaus fakto postulato, anot kurio, teisė visuomet yra istorinio fakto dalykas ir niekuomet nepriklauso nuo moralės. Tik priduriama, jog tam tikromis progomis pasirengę teisininkai gali atskleisti, kad teisės apskritai nesama. Į kiekvieną klausimą, kokia yra teisė, vis tiek yra paprastas istorinis atsakymas, nors kai kurių klausimų atsakymas yra neigiamas. Tuomet ištikimybės klausimas pakeičiamas kitokiu klausimu – lygiai taip pat skirtingu nuo teisės klausimo, – kurį mes galime pavadinti kompensavimo *(repair)* klausimu. Ką teisėjai turėtų daryti nesant teisės? Šis naujas politinis klausimas palieka erdvės nuomonių skirtumui, labai panašiam į pradinį susiskirstymą ištikimybės klausimu. Mat teisėjai, kurie neturi jokio kito pasirinkimo, o tik kurti naują teisę, gali imtis šio dalyko, skatinami nevienodų ambicijų. Ar plyšius jie turėtų užpildyti atsargiai, išsaugodami kiek įmanoma daugiau teisės konteksto dvasios *(the spirit of the surrounding law)*? Ar jie turėtų tai daryti demokratiškai, stengdamiesi pasiekti rezultatą, kuris, jų įsitikinimu, reprezentuoja žmonių valią? Ar leistis į nuotykį, mėgindami padaryti [iš jų iniciatyvos] kylančią teisę kiek įmanoma teisingesnę ir išmintingesnę (jų supratimu)? Kiekviena iš šių labai skirtingų nuostatų turi savo šalininkų teisės mokyklų auditorijose ir popiečio kalbose profesinėse organizacijose. Tai nuo naudojimo jau apšiurę jurisprudencijos žygių transparantai.

Kai kurie teisininkai akademikai daro itin radikalias išvadas iš teisės kaip akivaizdaus fakto postulato rafinuotosios versijos.[6] Jie sako, kad praeities instituciniai sprendimai yra ne tik kartais, bet beveik visuomet migloti arba dviprasmiški, arba neišbaigti ir kad jie dažnai yra taip pat nenuoseklūs ar netgi nerišlūs. Jie daro išvadą, kad iš tikrųjų niekuomet jokiu klausimu ar kilus problemai nėra teisės, o tik retorika, į kurią teisėjai įvelka sprendimus, iš tikrųjų padiktuotus ideologinių ar klasinių preferencijų. Mano aprašytoji slinktis nuo paprasto žmogaus nuoširdaus įsitikinimo, kad teisė yra visur, iki ciniko sarkastiško konstatavimo, kad jos apskritai niekur nėra, yra

natūrali įsitikinimo evoliucija, jeigu mes pripažįstame teisės kaip akivaizdaus fakto postulatą ir iš jo plaukiantį teiginį, jog teorinis nesutarimas tėra užmaskuota politika. Mat kuo daugiau mes sužinome apie teisę, tuo labiau sutvirtiname savo įsitikinimą, kad niekas, kas joje svarbu, nėra visiškai nekontroversiška.

Turiu pridurti, kad akivaizdaus fakto postulatas nėra visuotinai pripažįstamas. Jis labai populiarus tarp paprastų žmonių ir akademinių autorių, kurių specialybė yra teisės filosofija. Tačiau rimti praktikuojantys teisininkai ir teisėjai, nusakydami savo darbą, jį atmeta. Jie gali remtis akivaizdaus fakto vaizdiniu kaip formaliosios jurisprudencijos elementu ir išties griežtu tonu klausti, kokia yra teisė. Tačiau laisvesnėje aplinkoje jie teikia kitokią ir romantiškesnę istoriją. Jie sako, kad teisė yra instinktyvi, o ne griežta doktrina, kad ją galima identifikuoti tik specialiais metodais, kuriuos geriausia nusakyti impresionistiškai, netgi mistiškai. Jie sako, kad sprendimas yra menas, o ne mokslas, kad geras teisėjas intuityviame sprendime derina analogiją, meistriškumo įgūdžius, politinę išmintį ir savo vaidmens supratimą, kad jis „mato" *(sees)* teisę geriau nei gali paaiškinti, taigi kad jo rašytinė nuomonė, kad ir kaip rūpestingai apsvarstyta, niekuomet neperteikia jo visos įžvalgos.[7]

Jie labai dažnai priduria tai, kas, jų manymu, yra duoklė kuklumui. Jie sako, kad nesama teisingų atsakymų į sunkius teisės klausimus, o yra tik skirtingi atsakymai, kad įžvalga galiausiai yra subjektyvi, kad ji yra tik tai, kas konkrečiam teisėjui tą dieną atrodo teisinga, gera ar bloga tai lemtų. Tačiau šis kuklumas iš tikrųjų prieštarauja tam, ką jie sako pirma, nes kai teisėjai galiausiai priima vienokį arba kitokį sprendimą, jie savo argumentus mano esant geresnius negu priešingi argumentai, ne tik skirtingus nuo jų, nors jie taip gali manyti iš nuolankumo, trokšdami, kad pasitikėjimas jais būtų didesnis arba jų laikas sprendimui – ilgesnis, tai vis vien yra jų įsitikinimas. Šiuo ir kitais atžvilgiais romantinis požiūris į „meistriškumą" *(craft view)* yra nepatenkinamas; jis perdėm nestruktūruotas, pernelyg besitenkinantis savo sugestijuojamu paslaptingumu, kad jį būtų galima laikyti kokia nors išplėtota teorija, aiškinančia, kas yra teisiniai argu-

mentai. Teisės kaip meistriškumo idėją reikia disciplinuoti, kad suprastume, kaip teisėjo nuojautos struktūra skiriasi nuo šiaip žmonių įsitikinimų, kas yra valdžia ir teisingumas.

Iki šiol dar nepateikiau savo teiginio, jog akademiniame kontekste dominuojantis teisės kaip akivaizdaus fakto postulatas yra veikiau problemos apėjimas nei teorija, motyvų. Mums reikia tikrų teorinio nesutarimo pavyzdžių, kuriuos netrukus pateiksiu. Tačiau jeigu aš teisus, mūsų situacija yra nekokia. Jeigu paprasti žmonės, jurisprudencijos mokytojai, praktikuojantys teisininkai ir teisėjai neturi gero atsakymo į klausimą, kodėl yra įmanomas teorinis nesutarimas ir dėl ko nesutariama, mes neturime inteligentiškai ir konstruktyviai mūsų teisėjų praktikos kritikai reikalingo deramo aparato esminių elementų. Joks valstybės padalinys nėra svarbesnis už mūsų teismus, ir nė vienas nėra taip iš esmės neteisingai suprantamas valdomųjų. Dauguma žmonių turi gana aiškią nuomonę, kaip kongresmenai arba premjerai, arba prezidentai, arba užsienio reikalų sekretoriai turėtų vykdyti savo pareigas, ir blaivią nuomonę apie tai, kaip dauguma šių pareigūnų elgiasi iš tikrųjų. Tačiau populiari nuomonė apie teisėjus ir teisimą, – prie kurios priskiriu ir daugelio praktikuojančių teisininkų ir teisėjų nuomonę, kai jie rašo ar kalba apie tai, ką jie daro, – yra tik apgailėtini tušti šūkiai ir nieko daugiau. Apmaudu, kad taip yra, ir tai – tik dalis žalos. Mat mes domimės teise ne tik dėl to, kad ją naudojame savo tikslams, egoistiškai ir kilniai, bet dėl to, kad teisė yra mūsų labiausiai struktūruota ir reprezentatyviausia socialinė institucija. Jeigu geriau suprantame savo teisinio argumentavimo esmę – geriau suvokiame, kas per žmonės mes esame.

ĮŽANGINIS PRIEŠTARAVIMAS

Ši knyga yra apie teorinį nesutarimą teisėje. Joje siekiama suprasti, kas tai per nesutarimas, o tuomet sukonstruoti ir apginti savą teisės pagrindų teoriją. Tačiau, žinoma, teisinė praktika yra ne vien diskusija dėl teisės, ir ši knyga palieka nuošalyje daugelį dalykų, kuriuos teisinė teorija taip pat studijuoja. Pavyzdžiui, čia labai mažai kalbama apie

fakto klausimus. Yra svarbu, kaip teisėjai sprendžia, ar darbininkas turi juridinę teisę į kompensaciją, kai jo bendradarbis jam ant kojos numeta veržliaraktį, bet taip pat yra svarbu, kaip teisėjas ar prisiekusieji sprendžia, ar darbininkas iš tiesų (kaip teigia jo darbdavys) pats numetė veržliaraktį sau ant kojos. Aš neaptarinėju ir praktinės bylų sprendimo politikos, pavyzdžiui, kompromisų, kuriuos teisėjai kartais turi daryti, nusakydami teisę šiek tiek kitaip negu jiems atrodo būsiant teisingiausia, kad savo pusėn patrauktų kitų teisėjų balsus. Man rūpi teisės klausimas, o ne priežastys, dėl kurių teisėjas savo teiginius apie tai, kas yra teisinga, gali pateikti nuosaikiau. Mano projektas yra siauras taip pat ir kitu atžvilgiu. Jo centre – formalusis bylų sprendimas *(adjudication),* teisėjai juodomis mantijomis, tačiau šie nėra vieninteliai ar netgi nėra svarbiausi aktoriai teisės dramoje. Išbaigtesnė teisinės praktikos studija skirtų dėmesio teisės kūrėjams, policininkams, apygardų prokurorams, socialinės rūpybos pareigūnams, mokyklų tarybų pirmininkams, patiems įvairiausiems kitiems pareigūnams ir tokiems žmonėms kaip bankininkai bei vadybininkai, ir sąjungų pareigūnams, kurie, nors ir nevadinami valstybės pareigūnais, priima sprendimus, taip pat darančius poveikį jų bendrapiliečių juridinėms teisėms.

Kai kurie kritikai šioje vietoje skubėtų pasakyti, kad mūsų projektas yra ne tik vienašališkas šiais įvairiais atžvilgiais, bet ir klaidingas, kad mes neteisingai suprasime teismo procesą, jeigu kreipsime ypatingą dėmesį į teisininkų doktrininius argumentus apie tai, kas yra teisė. Jie sakys, jog šie argumentai užtemdo – gal tyčia – svarbią socialinę teisės kaip ideologinės galios ir ideologijos liudininkės funkciją. Deramas teisės kaip socialinio fenomeno supratimas reikalauja, pasak šių kritikų, labiau mokslinio arba sociologinio, arba istorinio požiūrio, kuris neskiria jokio dėmesio arba skiria mažai dėmesio jurisprudenciniams teisinio argumento korektiško charakterizavimo galvosūkiams. Mes turėtume, mano jie, tirti visai kitokius klausimus, tokius kaip šie: kokiu mastu ir kokiu būdu teisėjai patiria klasinės sąmonės arba ekonominių aplinkybių įtaką/poveikį? Ar teisminiai sprendimai devynioliktojo amžiaus Amerikoje suvaidino svarbų vaidmenį formuojant atskirą amerikietišką kapitalizmo versiją? O

gal tie sprendimai buvo tik veidrodžiai, atspindintys kaitą ir konfliktą, tačiau nei tą kaitą skatino, nei sprendė konfliktą? Jeigu įniksime į filosofinius ginčus dėl to, ar – ir kodėl – teisės propozicijos gali būti kontroversiškos, nukreipsime savo dėmesį nuo šių rimtų klausimų, – perspėja kritikai, – būsime kaip antropologai, pasinėrę į teologinius kokios nors senovinės ir primityvios kultūros disputus.

Šis prieštaravimas neatitinka kriterijų reikalavimų. Jis reikalauja socialinio realizmo, tačiau ta teorija, kurią jis rekomenduoja, yra nepajėgi jį užtikrinti. Be abejo, teisė yra socialinis fenomenas. Tačiau tiek jo kompleksiškumas, tiek funkcija, tiek ir pasekmės priklauso nuo vieno ypatingo jos struktūros bruožo. Teisinė praktika, kitaip nei daugelis kitų socialinių fenomenų, yra *argumentacinė.* Kiekvienas aktorius šioje praktikoje supranta, kad tai, ką jis leidžia, ar tai, ko reikalauja, priklauso nuo tam tikrų propozicijų tiesos, propozicijų, kurioms prasmę teikia tik praktika ir tik praktikos atžvilgiu jos yra prasmingos; didžiąją praktikos dalį sudaro šių propozicijų sudarymas ir jų argumentavimas. Žmonės, kurie bylinėjasi, teikia ir debatuoja teiginius apie tai, ką teisė leidžia arba draudžia, kurie būtų neįmanomi, – nes būtų beprasmiški, – be teisės, ir nemažos dalies to, ką jų teisė atskleidžia apie juos pačius, negalima išsiaiškinti niekaip kitaip, o tik stebint, kaip jie pagrindžia ir gina tuos teiginius. Šis esminis – argumentacinis – teisinės praktikos aspektas gali būti studijuojamas dviem būdais arba dviem požiūriais. Vienas yra išorinis požiūris – pavyzdžiui, sociologo arba istoriko, kuris klausia, kodėl tam tikri teisinio argumento modeliai *(patterns)* išsirutulioja vienokiais laikotarpiais arba aplinkybėmis, o ne kitokiais. Kitas yra vidinis požiūris – tų, kurie teikia tuos teiginius. Jų interesas galiausiai nėra istorinis, nors jie gali manyti istoriją esant relevantišką; jis yra praktinis – būtent kalbamojo prieštaravimo išjuokiama prasme. Jie nori ne pranašavimų, kokius teisinius teiginius jie pateiks, o argumentų, kuris iš tų teiginių yra pagrįstas ir kodėl; jie nori teorijų, ne aiškinančių, kaip istorija ir ekonomika suformavo jų sąmonę, bet nurodančių šių disciplinų vietą argumentuojant, ką daryti ar turėti teisė iš jų reikalauja.

Abu požiūriai į teisę, išorinis ir vidinis, yra esminiai, ir kiekvienas privalo aprėpti kitą arba atsižvelgti į jį. Dalyvio požiūris apima istoriko požiūrį, kai koks nors teisės teiginys priklauso nuo istorinio fakto dalykų: pavyzdžiui, kai klausimas, ar segregacija yra nelegali, priklauso nuo valstybės pareigūno, kuris rašė Konstituciją, arba tų, kurie segregavo mokyklas, motyvų.[8] Istoriko perspektyva dar esmingiau susijusi su dalyvio perspektyva, nes istorikas negali suprasti teisės kaip argumentacinės socialinės praktikos, jeigu jis neturi dalyvio supratimo – kol neturi savarankiško supratimo, kas tos praktikos rėmuose galioja kaip geras ar blogas argumentas – tuomet jis net negali atmesti jos kaip apgaulingos. Mums reikia teisės socialinės teorijos, tačiau būtent dėl tos priežasties ji turi būti jurisprudencinė. Todėl teorijos, kurios ignoruoja teisinio argumento struktūrą dėl tariamai stambesnių istorijos ir visuomenės klausimų, yra netinkamos. Jos ignoruoja klausimus apie vidinį teisinio argumento pobūdį, taigi jų aiškinimai yra skurdūs ir defektuoti, kaip nesuskaičiuojamos matematikos istorijos, ar jos būtų parašytos Hegelio, ar Skinnerio kalba. Ne kas kitas, o Oliveris Wendellas Holmesas, mano manymu, įtakingiausiai argumentavo tokios rūšies „išorinę" teisės teoriją[9]; slogi socialinės teorinės jurisprudencijos istorija mūsų amžiuje mus perspėja, kad jis didžiai klydo. Mes tebelaukiame aiškumo, ir kol laukiame, teorijos darosi programiškesnės ir mažiau substanciškos, radikalesnės teorijoje ir mažiau kritiškos praktikoje.

Šioje knygoje puoselėjamas vidinis, dalyvio požiūris; joje mėginama suvokti argumentacinį mūsų teisinės praktikos charakterį, prisidėdama prie tos praktikos ir susiremdama su pagrįstumo *(soundness)* ir tiesos klausimais, su kuriais susiduria dalyviai. Formalų teisinį argumentą mes studijuosime iš teisėjo požiūrio taško – ne dėl to, kad tik teisėjai yra svarbūs, ir ne dėl to, kad mes viską apie juos suprantame, stebėdami, ką jie sako, o dėl to, kad teisminė teisės teiginių argumentacija yra naudinga paradigma tiriant centrinį, propozicinį teisinės praktikos aspektą. Piliečiams, politikams ir teisės mokytojams taip pat rūpi, kas yra teisė, ir jie dėl to ginčijasi, ir aš būčiau galėjęs kaip mūsų paradigmą imti jų, o ne teisėjo, argumen-

tus. Tačiau teisėjo argumento struktūra paprastai yra labiau eksplicitiška, o teisėjo samprotavimas turi įtaką – kuri nėra visiškai abipusė, – kitoms teisinio diskurso formoms.

REALUSIS PASAULIS

Po šių įžanginių pastabų baugios abstrakcijos mums reikia atokvėpio. Aš pamėginsiu parodyti, kaip akivaizdaus fakto tezė iškreipia teisinės praktikos vaizdą, ir pradedu kai kurių tikrų bylų, išspręstų teisėjų Jungtinėse Valstijose ir Britanijoje, aprašymu. Tai vis įžymios bylos, bent jau tarp studijuojančiųjų teisę, ir jos tebeanalizuojamos pratybose. Čia jas iškeliu ir imu drauge dėl keleto priežasčių. Skaitytojus, kurie nėra gavę teisinio pasirengimo, jos supažindina su tam tikrais techniniais teisiniais terminais. Jos teikia išplėtotus pavyzdžius įvairiems vėlesnių skyrių argumentams ir diskusijoms. Aš viliuosi, kad jos bendresne prasme suteiks bent šiokį tokį dabartinio teisinio argumento tono ir tekstūros pojūtį. Pastaroji priežastis yra pati svarbiausia, nes galiausiai visi mano argumentai yra priklausomi nuo kiekvieno skaitytojo supratimo, kas vyksta ir gali vykti teisme.

Elmerio byla

Elmeris 1882 metais Niujorke nužudė savo senelį – jį nunuodijo.[10] Jis žinojo, kad pagal senelio testamentą jam lieka didžioji dalis nuosavybės, ir baiminosi, jog senolis, kuris neseniai buvo iš naujo vedęs, pakeis valią ir jam nieko nepaliks. Elmerio nusikaltimas buvo išaiškintas; jam buvo pareikšti kaltinimai ir jis buvo nubaustas kalėti tam tikrą metų skaičių. Ar teisiškai jis turėjo teisę į palikimą, kurį teikė senelio paskutinė valia? Kiti turto paveldėtojai pagal testamentą, tie, kurie turėjo teisę paveldėti, jei Elmeris būtų miręs anksčiau už savo senelį, buvo senelio dukterys. Jų vardai nėra dokumentuoti, tad aš jas vadinsiu Gonerile ir Regan. Jos pareiškė ieškinį valios tvarkytojui, reikalaudamos, kad turtas dabar atitektų joms, o ne Elmeriui. Jos argumentavo taip; kadangi Elmeris nužudė testatorių, jų tėvą, pagal teisę Elmeriui niekas nepriklauso.

Didžioji dalis teisės, taikomos testamentams, yra išdėstyta specialiuose įstatymuose, dažnai vadinamuose testamento įstatymais *(statutes of wills),* kurie nustato, kokios formos testamentas turi būti, kad būtų laikomas galiojančiu pagal teisę: kiek liudininkų ir kokie liudininkai turi pasirašyti, kokia turi būti testamento autoriaus psichinė būklė, kaip galiojantis testamentas, kai įsigalioja, gali būti atšauktas ar pakeistas testamento autoriaus ir t. t. Niujorko valstijos Testamento įstatymas, kaip dauguma kitų, galiojusių tuo metu, nieko eksplicitiškai nesakė apie tai, ar kas nors, įvardytas testamente, gali paveldėti pagal testamento sąlygas, jeigu jis nužudė testamento autorių. Elmerio advokatas argumentavo, jog kadangi testamentas nepažeidė nė vienos iš eksplicitiškų įstatymo provizijų, jis yra galiojantis, o kadangi Elmeris buvo įvardytas galiojančiame testamente, jis privalo paveldėti. Jis sakė, kad jeigu teismas nuspręstų Gonerilės ir Regan naudai, tai būtų testamento pakeitimas ir teisės pakeitimas teismo moralinėmis nuostatomis. Niujorko Aukščiausiojo teismo teisėjai visi sutarė, kad jų sprendimas turi atitikti teisę. Nė vienas neneigė, kad jeigu testamento įstatymas, deramai interpretuojamas, suteikė palikimą Elmeriui, jie privalo nurodyti tvarkytojui jį jam perduoti. Nė vienas nesakė, kad šiuo atveju teisingumo interesais teisę privalu reformuoti. Jie nesutarė dėl teisingo šios bylos rezultato, tačiau jų nesutarimas – bent jau taip atrodo, paskaičius jų parašytas nuomones, – buvo dėl to, kokia teisė iš tikrųjų yra, dėl to, ko įstatymas iš tikrųjų reikalauja, kai yra deramai perskaitomas.

Kaip žmonės, kurie prieš akis turi įstatymo tekstą, gali nesutarti dėl to, ką jis iš tikrųjų reiškia, dėl to, kokią teisę jis sukūrė? Turime padaryti perskyrą tarp dviejų žodžio „įstatymas" reikšmių. Jis gali apibūdinti tam tikro tipo fizinį dalyką, dokumentą su jame išspausdintais žodžiais, tais pačiais žodžiais, kuriuos prieš akis turėjo kongresmenai arba Parlamento nariai, kai balsavo ir priėmė tą dokumentą. Tačiau jis taip pat gali būti vartojamas apibūdinti teisei, sukurtai priimant dokumentą, o tai gali būti kur kas sudėtingesnis dalykas. Imkime skirtumą tarp eilėraščio, suvokiamo kaip žodžių eilė, kurie gali būti ištarti arba surašyti, ir eilėraščio, suvokiamo kaip tam tikros

metafizinės teorijos požiūrio išraiška. Visi literatūros kritikai sutaria, kas yra eilėraštis „Plaukiant į Bizantiją" pirmąja prasme. Jie sutaria, kad tai yra eilė žodžių, reiškiančių, kad tai yra W. B. Yeatso eilėraštis. Tačiau jie vis vien nesutaria, kas yra eilėraštis antrąja prasme – dėl to, ką eilėraštis iš tikrųjų sako ar reiškia. Jie nesutaria, kaip iš teksto, eilėraščio pirmąja prasme, sukonstruoti „tikrą" eilėraštį, eilėraštį antrąja prasme.

Labai panašiai teisėjams, kuriems prieš akis yra padėtas įstatymas, reikia sukonstruoti „tikrąjį" įstatymą – propoziciją, kaip įstatymas yra reikšmingas juridinėms įvairių žmonių teisėms – remiantis kodekso tekstu. Lygiai kaip literatūros kritikams reikia darbinės teorijos ar bent jau interpretacijos metodo, kad sukonstruotų tekste glūdinčią poemą, taip ir teisėjams reikia kažko tokio kaip teisėkūros teorija, kad tai padarytų su įstatymais. Šitai gali atrodyti akivaizdu, kai kodekso žodžiai turi kokį nors semantinį defektą; pavyzdžiui, kai jie yra dviprasmiški arba migloti. Tačiau teisėkūros teorija yra taip pat būtina, kai šie žodžiai yra lingvistiniu požiūriu neklystami. Testamento įstatymo žodžiai, kurie figūravo Elmerio byloje, nebuvo nei migloti, nei dviprasmiški. Teisėjai nesutarė dėl šių žodžių reikšmės juridinėms Elmerio, Gonerilės ir Regan teisėms, nes nesutarė, kaip sukonstruoti tikrąjį įstatymą ypatingomis tos bylos aplinkybėmis.

Atskiroji nuomonė, parašyta teisėjo Gray, argumentavo už teisėkūros teoriją, kuri anuomet buvo populiaresnė nei dabar. Kartais ji pavadinama „paraidinės" *(literal)* interpretacijos teorija, nors šis nusakymas nėra itin informatyvus. Ji siūlo, kad įstatymo žodžiams būtų teikiama tokia reikšmė, kurią mes geriau galėtume pavadinti jų nekontekstine reikšme, t. y. reikšmė, kurią mes jiems priskirtume, jeigu neturėtume jokios specialios informacijos apie jų vartojimo kontekstą arba jų autoriaus intenciją. Šis interpretacijos metodas reikalauja, kad jokie nuo konteksto priklausomi ir tekste neišreikšti bendros kalbos patikslinimai nebūtų daromi, todėl teisėjas Gray laikėsi pozicijos, jog tikrajame įstatyme, sukonstruotame deramu būdu, nebuvo numatyta jokių išimčių žudikams. Jis balsavo už Elmerį.

Studijuojantieji teisę, kurie skaito jo nuomonę dabar, labiausiai niekinamai žiūri į šio įstatymo konstravimo iš teksto būdą; jie sako, kad tai yra mechaninės jurisprudencijos. Tačiau teisėjo Gray argumentas nepasižymėjo jokiu mechaniškumu. Apie jo įstatymo konstravimo metodą galima pasakyti daug teigiama (kai ką iš to jis pats pasakė), bent jau testamento įstatymo atveju. Testamentų autoriai turėtų žinoti, kaip bus traktuojami jų testamentai po jų mirties, kai jie negalės pateikti naujų instrukcijų. Galbūt Elmerio prosenelis būtų nusprendęs, kad tuo atveju, jei Elmeris jį nunuodytų, jo nuosavybė turi atitekti Gonerilei ir Regan. Tačiau gal ir ne: jis būtų galėjęs manyti, kad Elmeris, netgi susitepęs rankas žmogžudyste, vis tiek yra geresnis jo dosnumo objektas negu jo dukterys. Ilgalaikės perspektyvos požiūriu būtų išmintingiau, jei teisėjai užtikrintų testamentų autorius, kad testamento įstatymas bus interpretuojamas vadinamuoju paraidiniu būdu, kad testamentų autoriai galėtų surašyti bet kokius nurodymus, kokius jie pageidauja, būdami tikri, kad jų pozicija dėl jų nuosavybės, kad ir kokia savotiška, bus gerbiama. Be to, jeigu Elmeris praranda savo palikimą tik dėl to, kad jis yra žudikas, tai šitai yra papildoma bausmė, be jo kalėjimo, už jo nusikaltimą. Svarbus teisingumo principas reikalauja, kad bausmė už konkretų nusikaltimą būtų ta, kuri iš anksto nurodyta legislatūros, ir ji neturi būti padidinta teisėjų jau po to, kai nusikaltimas buvo įvykdytas. Visa tai (ir daugiau) galima pasakyti teisėjo Gray teorijos, kaip skaityti testamento įstatymą, naudai.

Tačiau teisėjas Earlas, rašydamas daugumos vardu, naudojo visai kitokią teisėkūros teoriją, kuri svarbiu autoritetu konstruojant tikrąjį įstatymą laiko teisės kūrėjo *intencijas*. „Pagal žinomą konstravimo kanoną", – rašė Earlas, – „dalykas, kuris įeina į įstatymo kūrėjų intenciją *(is within)*, įeina ir į įstatymą, tarsi jis būtų raidėje; o dalykas, kuris yra apimamas įstatymo raidės *(within the letter)*, nėra apimamas įstatymo, jeigu jis nėra apimamas kūrėjų intencijos"[11]. (Dera atkreipti dėmesį į tai, kaip jis remiasi perskyra tarp teksto, kurį vadina įstatymo „raide", ir tikrojo įstatymo, kurį vadina pačiu „įstatymu".) Būtų absurdiška, manė jis, tarti, kad Niujorko valstijos teisės kūrėjų,

kurie pirmiausia priėmė testamentų įstatymą, intencija buvo ta, kad žudikai gautų palikimą, todėl ir tikrasis įstatymas, kurį jie priėmė, neturi tokios implikacijos.

Turime būti pakankamai atsargūs nusakydami, ką teisėjas Earlas manė apie vaidmenį, kurį intencija turi vaidinti konstruojant įstatymus. Jis norėjo pasakyti ne tai, kad įstatymas negali turėti jokių pasekmių, kurių neturėjo galvoje teisės kūrėjai. Šitai neabejotinai per griežta kaip bendra taisyklė: joks teisės kūrėjas negali turėti galvoje jokio iš įstatymų, už kuriuos jis balsuoja, visų pasekmių. Niujorko teisės kūrėjai nebūtų galėję numatyti, kad žmonės galėtų testamentu palikti kompiuterį, tačiau būtų absurdiška daryti išvadą, jog įstatymas neapima tokių palikimų. Taip pat jo intencija nėra vien ta, jog įstatymas negali apimti nieko, ko teisės kūrėjai nenorėjo. Šitai atrodo įtikimiau, tačiau tai yra per silpna, kad būtų galima kaip nors panaudoti Elmerio byloje. Mat atrodo tikėtina, kad Niujorko teisės kūrėjai apskritai neturėjo galvoje žudikų atvejų. Jie neturėjo intencijos, kad žudikai paveldėtų, tačiau jie neturėjo ir priešingos intencijos. Jie neturėjo nei vienos, nei antros aktyvios intencijos *(no active intention either way)*. Earlas turėjo intenciją remtis principu, kurį mes galime pavadinti tarpiniu tarp šių pernelyg stipraus ir pernelyg silpno principų: jis turėjo galvoje, kad įstatymas neturi jokios implikacijos, kurią teisės kūrėjai būtų atmetę, jeigu ją būtų apgalvoję.[12]

Teisėjas Earlas rėmėsi ne vien legislatyvinės intencijos principu; į jo teisėkūros teoriją įėjo ir kitas svarbus principas. Jis sakė, kad įstatymai turėtų būti konstruojami iš tekstų ne istoriškai izoliuotai, o turint omenyje kaip kontekstą tai, ką jis pavadino bendraisiais teisės principais: jis turėjo galvoje, kad teisėjai turėtų įstatymą konstruoti taip, kad kiek įmanoma labiau jį suderintų su teisingumo principais, į kuriuos apeliuojama kitur teisės srityje. Jis pateikė dvi priežastis. Pirma, logiška manyti, kad teisės kūrėjai turi bendrą ir visa apimančią intenciją gerbti tradicinius teisingumo principus, jeigu jų, teisės kūrėjų, pozicija nėra aiškiai įvardijama kaip priešinga. Antra, kadangi įstatymas sudaro didesnės intelektualinės sistemos, teisės kaip visumos, dalį, jis turi būti konstruojamas taip, kad tą didesnę sistemą

darytų iš principo nuoseklią. Earlas argumentavo, jog teisė kitur gerbia principą, kad niekas neturėtų turėti naudos iš savo padaryto blogio, taigi testamento įstatymą reikėtų skaityti kaip neleidžiantį paveldėti tam, kuris nužudė, kad jį gautų.

Teisėjo Earlo pažiūros paėmė viršų. Jos patraukė į savo pusę keturis kitus teisėjus, tuo tarpu teisėjas Gray įstengė rasti vieną vienintelį sąjungininką. Tad Elmeris negavo savo palikimo. Argumentacijoje, kurią plėtosime toliau, šį atvejį aš naudosiu kaip daugelio skirtingų argumentų iliustraciją, tačiau svarbiausias argumentas yra šis: ginčas dėl Elmerio nebuvo ginčas dėl to, ar teisėjai turėtų vykdyti teisę, ar teisingumo sumetimais turėtų ją pakeisti. Nebuvo bent jau tuo atveju, jei nuomones, kurias aprašiau, suprantame tiesiogiai *(at face value)*, o (kaip argumentuosiu vėliau) mes ir neturime jokio pagrindo suvokti jas kaip nors kitaip. Tai buvo ginčas dėl to, kokia yra teisė, – dėl to, ką tikrasis įstatymas, kurį išleido įstatymų kūrėjai, iš tikrųjų sako.

Smulkios ešerinių šeimos žuvies byla

Dabar aš aprašysiu – tiesa, glausčiau – kur kas vėlesnę bylą, kad parodyčiau, jog tokie ginčai tebesitęsia.[13] 1973 metais, didelio, nacionalinį mastą pasiekusio susirūpinimo gamtos apsauga laikotarpiu, Jungtinių Valstijų Kongresas išleido Nykstančių biologinių rūšių aktą. Jis įgaliojo vidaus reikalų sekretorių nurodyti gyvūnų rūšis, kurioms, jo manymu, iškilo išnykimo grėsmė dėl kokio nors arealo, jo nuomone, gyvybiškai svarbaus jų išlikimui, destrukcijos, ir iš visų valdžios žinybų ir departamentų reikalavo imtis „veiksmų, būtinų užtikrinti, kad jų sankcionuota, finansuojama ar įgyvendinama veikla nekeltų grėsmės tolesniam tokios rūšies, kuriai iškilo grėsmė, egzistavimui“[14].

Gamtininkų grupė, įsikūrusi Tenesio valstijoje, oponavo Tenesio slėnio valdžios užtvankos statybų projektams – ne dėl kokios nors grėsmės gyvūnų rūšims, o dėl to, kad šie projektai keitė teritorijos geografiją, laisvai tekančias sroves paversdami siaurais, bjauriais kanalais, kad produkuotų nereikalingą (taip bent jau manė gamtinin-

kai) hidroelektrinės galingumo padidinimą. Gamtininkai nustatė, jog yra tikėtina, kad viena beveik baigta hidroenerginė užtvanka, kainuojanti per šimtą milijonų dolerių, sunaikintų vienintelį vienos smulkios ešerinių šeimos rūšies žuvų *(snail darter)* arealą, – trijų colių žuvų, nepasižyminčių nei ypatingu grožiu, nei biologiniu įdomumu, nei bendra ekologine svarba. Jie įtikino sekretorių įvardyti tą žuvį kaip rūšį, kuriai iškilusi grėsmė, ir inicijavo procesinius veiksmus, kad užtvanka nebūtų užbaigta statyti ir nebūtų eksploatuojama.

Valdžia teigė, jog įstatymas neturėtų būti interpretuojamas taip, kad neleistų pabaigti projektų ar neleistų pradėti eksploatuoti objekto, kuris tuo metu, kai sekretorius išleidžia savo potvarkį, yra iš esmės baigtas. Ji sakė, kad frazė „sankcionuota, finansuojama ar įgyvendinama veikla" turi būti suprantama kaip kalbanti apie pradedamą projektą, o ne apie anksčiau pradėtų projektų užbaigimą. Savo teiginį ji parėmė nuorodomis į įvairius Kongreso aktus, kurie visi buvo priimti jau po to, kai sekretorius paskelbė, kad užtvankos užbaigimas sunaikins minėtą žuvų rūšį, aktus, kurie sugestijavo, jog Kongresas pageidauja, kad užtvanka būtų užbaigta, nepaisant sekretoriaus potvarkio. Kongresas specialiai skyrė lėšų projektui, sekretoriui paskelbus savo potvarkį dėl minėtos rūšies paskelbimo rūšimi, kurios išlikimui iškilo grėsmė, o įvairūs Kongreso komitetai specialiai ir kartotinai deklaravo, kad jie nesutinka su sekretoriumi, pritaria vietinės valdžios įstatymo interpretacijai ir pageidauja, kad projektas būtų įgyvendinamas toliau.

Aukščiausiasis teismas vis tiek nutarė, kad užtvankos statyba turi būti sustabdyta, nepaisant didelio nuostolio viešiesiems fondams. (Tada Kongresas išleido kitą įstatymą, nustatantį bendrą išimties pagal tą aktą skelbimo procedūrą, grindžiamą peržiūros tarybos nuomone.)[15] Vyriausiasis teisėjas Warrenas Burgeris parašė nuomonę teisėjų daugumos vardu. Jis sakė – žodžiais, kurie primena teisėjo Gray nuomonę Elmerio byloje – jog kai tekstas yra aiškus, Teismas neturi teisės netaikyti jo tik dėl to, kad mano rezultatus būsiant kvailus. Tačiau laikai keičiasi, ir šįkart vyriausiojo teisėjo nuomonė vienu atžvilgiu labai skyrėsi nuo teisėjo Gray nuomonės. Burgeris pripažino Kongreso intencijos svarbą sprendžiant, kokį įstatymą sukūrė

Kongresas. Tačiau jis neatsižvelgė į Earlo principą, aiškinantį, *kaip* Kongreso intencija yra relevantiška. Jis nesvarstė hipotetinio testo *(counterfactual)*, kurį Earlo analizė padarė lemiamą. „Ne mūsų darbas, – sakė jis, – spekuliuoti, o juolab priimti sprendimą tokios spekuliacijos pagrindu dėl to, ar Kongresas būtų pakeitęs savo nuostatą, jeigu būtų numatęs specifinius šio atvejo įvykius"[16].

Vietoj jo jis pritaikė tai, ką aš, aptardamas Earlo nuomonę, pavadinau pernelyg silpna versija idėjos, kad teisėjai, konstruojantys įstatymą, privalo gerbti legislatūros intencijas. Tą versiją galima būtų apibendrinti taip: jeigu nekontekstinė teksto žodžių reikšmė yra aiški – jeigu žodis „įvykdyti" paprastai apimtų ir projekto tęsimą, ne tik jo pradėjimą – tai Teismas privalo šiems žodžiams teikti šią reikšmę, jeigu negalima parodyti, kad legislatūros intencija iš tikrųjų buvo gauti priešingą rezultatą. Teisėkūros istorija iki pat Nykstančių biologinių rūšių akto išleidimo nesutvirtina šios išvados, – sakė jis, – nes aišku, kad Kongresas norėjo suteikti nykstančioms rūšims protekciją aukštu lygiu, pamindamas kitus socialinius tikslus, net jei šitai daug kainuotų, ir kad tikrai įmanoma, net jei nėra tikėtina, kad teisės kūrėjai, turintys šį bendrą tikslą, norėtų, jog minėta žuvų rūšis būtų apsaugota nors ir priboškiančia didžiulių lėšų, kurios buvo skirtos užtvankai, paleidimo vėjais kaina. Jis neigė įrodomąją vertę vėlesnių komiteto pranešimų ir Kongreso veiksmų patvirtinant užtvankos statybų tęsimo finansavimą, veiksmų, kurie, kaip būtų buvę galima manyti, rodė tikrąją intenciją neaukoti užtvankos dėl šios konkrečios gyvūnų rūšies. Komitetai, kurių pranešimai buvo palankūs užtvankai, nebuvo tie patys, kurie pirma aktu skyrė finansavimą, – sakė jis, – o kongresmenai dažnai dėl asignacijų balsuoja nuodugniai neapsvarstę, ar siūlomosios išlaidos yra teisėtos pagal ankstesnius Kongreso sprendimus.

Teisėjas Lewisas Powellas savo ir vieno kito teisėjo vardu parašė atskirąją nuomonę. Jis sakė, kad daugumos sprendimas iš Nykstančių biologinių rūšių akto teksto sukonstravo absurdišką tikrąjį įstatymą. „Ne mūsų reikalas, – sakė jis, – koreguoti legislatyvinių institucijų politinę liniją ar politinius sprendimus, kad ir kaip baisiai jie

prieštarautų visuomenės interesui. Tačiau kai įstatymų ir legislatyvinės istorijos nereikia, kaip šiuo atveju, interpretuoti taip, kad būtų pasiektas toks rezultatas, aš manau, kad šio Teismo pareiga yra priimti teiktiną konstrukciją, kuri dera su tam tikru sveiko proto minimumu ir visuomenės gerovei."[17] Čia išsakoma dar kita teisėkūros teorija, teoriją to, kokią įtaką legislatūros intencija turi įstatymui, glūdinčiam tekste, ir ji labai skiriasi nuo Burgerio teorijos. Burgeris sakė, kad nekontekstinė teksto reikšmė turėtų būti įgyvendinama – kad ir kokios keistos ar absurdiškos būtų to pasekmės – jei teismas nerado svarių įrodymų, jog Kongresas iš tikrųjų turėjo priešingą intenciją. Powellas sakė, kad teismai turi pritarti absurdiškam rezultatui tik tuomet, jei randa nepaneigiamų įrodymų, kad *tai* buvo tikroji intencija. Burgerio teorija yra Gray teorija, tiesa, pateikta ne tokia griežta forma, kuri skiria tam tikrą vaidmenį legislatyvinei intencijai. Powello teorija yra kaip Earlo, tačiau šiuo atveju teisingumo principai, aptinkami kitur teisėje, pamainomi sveiku protu.

Ir vėl: jeigu mes šių dviejų teisėjų nuomones suprantame tiesiogiai *(at face value)*, tai manysime, kad jų nuomonės nesikirs dėl jokio istorinio fakto. Jie ginčijasi ne dėl tų skirtingų kongresmenų, kurie dalyvavo išleidžiant Nykstančių biologinių rūšių aktą. Abu teisėjai darė prielaidą, kad dauguma kongresmenų niekuomet nesvarstė, ar aktas gali būti panaudotas sustabdyti beveik baigtai brangiai užtvankai. Ištikimybė taip pat nėra jų nesutarimo objektas. Abu sutarė, kad Teismas turi vykdyti įstatymą. Jie nesutarė dėl teisės; jie nesutarė dėl to, kaip teisėjai turi nuspręsti, koks įstatymas yra sukurtas konkrečiu tekstu, išleistu Kongreso, kai kongresmenų įsitikinimai ir intencijos buvo tokie, kokie, abiejų teisėjų sutarimu, jie buvo šiuo atveju.

McLoughlin byla

Ir Elmerio byla, ir smulkių ešerinių šeimos žuvų byla buvo iškeltos pagal įstatymą. Sprendimas abiem atvejais priklausė nuo geriausio tikrojo įstatymo sukonstravimo iš konkretaus legislatyvinio teksto. Tačiau daugelyje bylų ieškovas apeliuoja ne į kokį nors įstatymą, o į

ankstesnius teismų sprendimus. Jis įrodinėja, kad jo atveju teisėjas turi vadovautis normomis, įtvirtintomis tais ankstesniais atvejais, kurie, jo teigimu, reikalauja verdikto jo naudai. Toks atvejis buvo *McLoughlin byla.*[18]

Ponios McLoughlin vyras ir keturi vaikai buvo sužaloti automobilio avarijoje Anglijoje 1973 metų spalio 19 dieną maždaug 4 valandą po pietų. Ji išgirdo apie avariją namuose iš kaimyno maždaug 6 valandą po pietų ir tučtuojau nuvyko į ligoninę, kur sužinojo, kad duktė mirė, ir išvydo labai sunkią savo vyro ir kitų vaikų būklę. Ji patyrė nervinį šoką ir vėliau pareiškė ieškinį atsakovui vairuotojui, kurio neatidumas lėmė avariją, taip pat kitoms šalims, kurios buvo įvairiai susijusios su ta avarija, reikalaudama emocinių traumų kompensacijos. Jos advokatas apeliavo į keletą ankstesnių Anglijos teismų sprendimų, skyrusių kompensaciją žmonėms, kurie patyrė emocinę traumą, išvydę sunkų artimo žmogaus sužalojimą. Tačiau visais tais atvejais ieškovas arba buvo avarijos įvykio dalyvis, arba netrukus po avarijos buvo įvykio vietoje. Pavyzdžiui, 1972 metų byloje dėl emocinės žalos buvo atlyginta žmonai, aptikusiai savo vyro kūną tuoj po mirtinos avarijos, kurią jis patyrė, – ji laimėjo kompensaciją.[19] 1967 m. žmogus, kuris nebuvo nė vienos iš traukinio avarijos aukų artimasis, dirbo daug valandų, mėgindamas išgelbėti aukas, ir dėl šios patirties jį ištiko nervinis šokas. Jam buvo leista gauti kompensaciją.[20] Šiomis bylomis ir precedentais rėmėsi ponios McLoughlin advokatas – sprendimais, kurie teisės dalimi pavertė nuostatą, jog žmonės, esantys jos pozicijoje, turi teisę gauti kompensaciją.

Britų ir amerikiečių teisininkai kalba apie precedento doktriną; jie turi galvoje doktriną, kad ankstesnių bylų, pakankamai panašių į naują atvejį, sprendimai naujuoju atveju turėtų būti pakartojami. Tačiau jie daro perskyrą tarp to, ką galėtume pavadinti griežtąja, ir to, ką galėtume pavadinti liberalesne *(relaxed)* precedento doktrina. Griežtoji doktrina *įpareigoja* teisėjus vykdyti ankstesnius tam tikrų kitų teismų sprendimus (paprastai teismų, aukštesnių už juos, tačiau kartais tame pačiame teismų hierarchijos lygmenyje jų jurisdikcinėje sistemoje), net jeigu jie mano, kad tie sprendimai buvo neteisingi.

Tiksli griežtosios doktrinos forma skiriasi skirtingose vietose; ji yra skirtinga Jungtinėse Valstijose ir Britanijoje, ir skiriasi skirtingose Jungtinių Valstijų valstijose. Anot griežtosios doktrinos traktuotės, puoselėjamos daugumos Britanijos teisininkų, Apeliacinis teismas, kuris pagal autoriteto hierarchiją yra viena pakopa žemiau už Lordų rūmus, neturi kito pasirinkimo, o tik vykdyti savo paties praeities sprendimus, tačiau Amerikos teisininkai neigia, kad to paties lygio teismai jų hierarchijoje yra saistomi tokiu būdu. Teisininkai konkrečioje jurisdikcijoje kartais nesutaria dėl griežtosios doktrinos detalių (mažų mažiausiai dėl jų), susijusių su jos galiojimu jų atžvilgiu: dauguma amerikiečių teisininkų mano, kad žemesnieji federaliniai teismai yra absoliučiai saistomi pareigos vadovautis Aukščiausiojo teismo praeities sprendimais, tačiau kai kurie teisininkai tą pažiūrą kvestionuoja.[21]

Tuo tarpu liberalesnė precedento doktrina reikalauja, kad teisėjas tik teiktų tam tikrą svarumą praeities sprendimams tuo pačiu klausimu, kad jis privalo jais vadovautis, jei nemano, jog jie yra tokie neteisingi, kad nusveria pradinę prezumpciją jų naudai. Ši laisvesnė doktrina gali apimti ne tik aukštesnių teismų ar to paties lygmens (jo jurisdikcinėje sistemoje) praeities sprendimus, bet ir kitų valstijų ar šalių teismų. Žinoma, daug priklauso nuo to, kokio griežtumo pradinė prielaida pasirenkama. Ir vėl: skirtingų jurisdikcijų teisininkų nuomonė skiriasi, tačiau tikėtina, kad ji ir vienoje jurisdikcinėje sistemoje skirsis labiau negu nuomonė dėl griežtųjų doktrinos dimensijų. Tačiau tikėtina, kad bet kuris teisėjas teiks daugiau svarumo aukštesnių, o ne žemesnių savo jurisdikcinės sistemos teismų praeities sprendimams, taip pat [teiks daugiau svarumo] visų šių teismų praeities sprendimams, o ne kitų jurisdikcinių sistemų teismams. Jis gali teikti daugiau svorio neseniems bet kurio teismo sprendimams negu ankstesniems, daugiau svorio – sprendimams, parašytiems įtakingų ar garsių teisėjų, negu tiems, kurie parašyti eilinių teisėjų – ir t. t. Prieš porą dešimtmečių Lordų rūmai paskelbė, kad griežtoji precedento doktrina nereikalauja iš jų vadovautis savo praeities sprendimais[22] – iki šio pareiškimo britų teisininkai laikėsi prielaidos, kad

griežtoji doktrina to reikalauja – tačiau Rūmai vis tiek teikia didelę svarbą savo praeities sprendimams, didesnę nei teikia žemesnių pagal britų hierarchiją teismų praeities sprendimams ir gerokai didesnę, nei jie teikia Amerikos teismų sprendimams.

Nuomonės apie griežtosios doktrinos charakterį skirtumai ir liberalesnės doktrinos jėga paaiškina, kodėl kai kurios bylos yra kontroversiškos. Skirtingi tos pačios bylos teisėjai nesutaria dėl to, ar juos saisto pareiga vadovautis tam tikru praeities sprendimu lygiai tuo pačiu teisės klausimu, su kuriuo jie dabar susidūrė. Tačiau kontroversijos nervas *McLoughlin* byloje buvo ne tai. Kad ir kokių pažiūrų teisininkai laikosi į precedento charakterį ir galią, doktrina galioja tik tiems praeities sprendimams, kurie išsprendė pakankamai panašias į dabar sprendžiamą atvejį bylas, – panašias tiek, kad būtų, kaip sako teisininkai, „toks atvejis" *(in point)*. Kartais viena pusė argumentuoja, kad tam tikri praeities sprendimai yra itin relevantiški *(are very much in point)*, bet kita pusė atsako, kad šie sprendimai yra „skirtingi", tai reiškia, kad jų sprendžiamas atvejis skiriasi nuo dabar sprendžiamo atvejo kokiu nors aspektu, kuris doktriną daro negaliojančią jų atžvilgiu. Teisėjas, prieš kurį ponia McLoughlin pirmą kartą stojo su savo ieškiniu, žemesnio lygmens teismo teisėjas, nusprendė, kad jos advokato nurodyti precedentai, kai kiti gavo kompensaciją už emocinę žalą, kurią jie patyrė, pamatę avarijos aukas, buvo „skirtingi", nes visais tais atvejais šokas buvo patirtas avarijos įvykio vietoje, tuo tarpu ponia McLoughlin šoką patyrė praėjus dviem valandoms ir kitoje vietoje. Žinoma, ne bet koks šių dviejų atvejų faktų skirtumas ankstesnįjį daro skirtingą: niekas negalėjo galvoti, kad yra svarbu, ar ponia McLoughlin buvo jaunesnė negu ankstesnių bylų ieškovai.

Žemesnio lygio teismo teisėjas manė, kad traumos išgyvenimas ne įvykio vietoje yra svarbus skirtumas, nes tai reiškia, kad ponios McLoughlin trauma buvo „negalima numatyti" tuo būdu, kuriuo buvo galima numatyti skriaudą kitiems ieškovams. Teisėjai ir Britanijoje, ir Amerikoje vadovaujasi tradicinės teisės principu, kad žmonės, kurie padaro nerūpestingus veiksmus, yra atsakingi tik už tą

skriaudą kitiems, kurią pagrįstai galima teigti buvus galimą numatyti, už skriaudas, kurias racionalus asmuo numatytų *(anticipate)*, jeigu atkurtų situaciją. Minėtas teisėjas buvo saistomas precedento doktrinos, reikalaujančios pripažinti, kad emocinė skriauda artimiesiems avarijos įvykio vietoje yra pagrįstai galima numatyti, tačiau jis sakė, kad skriauda motinai, kuri išvydo avarijos rezultatus vėliau, nėra pagrįstai galima numatyti. Todėl jis manė, kad šitaip jis gali konstatuoti tariamųjų precedentų skirtingumą, ir priėmė nutartį atmesti ponios McLoughlin ieškinį.

Ji apskundė jo nutartį kitam aukštesniam pagal britų hierarchiją teismui, Apeliaciniam teismui[23]. Šis teismas patvirtino žemesniojo teismo teisėjo nutartį – jis atmetė jos apeliaciją ir paliko galioti jo nutartį – tačiau ne jo panaudoto argumento pagrindu. Apeliacinis teismas sakė, kad *buvo* galima pagrįstai numatyti, jog motina nuskubės į ligoninę pamatyti savo sužalotus šeimos narius ir kad patirs emocinį šoką, išvydusi juos tokius, kokius savo šeimos narius rado ponia McLoughlin. Šis teismas precedentus atskyrė ne šiuo pagrindu, bet dėl visiškai kitos priežasties, tos, jog tai, ką jis pavadino „politine nuostata", pateisina tam tikrą perskyrą. Precedentai nustatė atsakomybę už emocinę traumą tam tikromis reglamentuojamomis aplinkybėmis, tačiau Apeliacinis teismas sakė, kad platesnės atsakomybės srities pripažinimas, apimant artimųjų traumą ne įvykio vietoje, turėtų įvairių neigiamų pasekmių bendruomenei kaip visumai. Jis skatins kelti daug daugiau bylų dėl emocinių traumų, ir šitai dar pablogins pernelyg apkrautų teismų padėtį. Jis atvertų naujas galimybes nesąžiningoms žmonių, iš tiesų nepatyrusių tikros emocinės žalos, tačiau galinčių rasti daktarus ją paliudyti, pretenzijoms. Tai padidintų atsakomybės draudimo kainą, ir šitaip vairavimą padarytų brangesnį, ir galbūt iš kai kurių nepasiturinčių žmonių apskritai atimtų galimybę vairuoti automobilį. Pretenzijas tų, kurie patyrė tikrą emocinę traumą ne įvykio vietoje, būtų sunkiau įrodyti, ir bylinėjimosi netikrumas galėtų sukomplikuoti jų būklę ir uždelsti jiems priklausančią kompensaciją.

Ponia McLoughlin dar kartą apskundė nutartį, šįkart Lordų rūmams, kurie atšaukė Apeliacinio teismo nutartį ir nurodė iš naujo

pradėti procesą.[24] Nutartis buvo vieninga, tačiau lordai nesutarė dėl to, ką jie pavadino tikruoju teisės statusu *(true state of the law)*. Kai kurie iš jų sakė, kad politinės nuostatos motyvai, tokie, kuriuos nusakė Apeliacinis teismas, tam tikromis aplinkybėmis galėtų būti pakankami konstatuoti precedentų linijos skirtingumą ir taip pateisinti teisėjo atsisakymą tų bylų principą išplėsti platesnei atsakomybės sričiai. Tačiau jie nemanė, kad šie politinės nuostatos motyvai buvo pakankamai įtikinami ar pravartūs ponios McLoughlin atveju. Jie nemanė, kad bylinėjimosi „protrūkio" pavojus buvo pakankamai didelis, ir jie sakė, kad teismai turėtų būti pajėgūs atskirti tikras pretenzijas nuo nesąžiningų pretenzijų net tarp tų, kurie patyrė tariamą traumą po kelių valandų po avarijos. Jie nesiėmė atsakyti, kada būtų galimi geri politinės nuostatos argumentai apribojant kompensaciją už emocinę traumą; pavyzdžiui, jie paliko atvirą klausimą, ar ponios McLoughlin sesuo Australijoje (jeigu ji tokią būtų turėjusi) galėtų gauti kompensaciją už šoką, kurį ji būtų galėjusi patirti skaitydama laiške apie avariją, po jos praėjus ne vienai savaitei ir mėnesiui.

Du lordai laikėsi visai kitokio požiūrio į teisę. Jie sakė, jog būtų neteisinga, jei teismai šiaip doram ieškovui nepripažintų teisės į kompensaciją dėl tos rūšies priežasčių, kurias paminėjo Apeliacinis teismas ir kurias kiti teisės lordai sakė galint būti pakankamas tam tikromis aplinkybėmis. Precedentai turėtų būti laikomi skirtingais, – sakė jie, – tik jeigu moralinių *principų,* presuponuojamų ankstesnėse bylose, dėl kokios nors priežasties negalima tuo pačiu būdu pritaikyti ieškovui. Ir jei jau yra pripažįstama, kad žala motinai ligoninėje po kelių valandų po avarijos yra pagrįstai galima numatyti nerūpestingo vairuotojo, tai tarp tų dviejų atvejų moralinio principo požiūriu jokio skirtumo neįmanoma įžvelgti. Teismų perkrovimas arba vairuojančiojo atsakomybės draudimo kainos kilimas, – sakė jie, – kad ir kaip šitai būtų nepatogu bendruomenei kaip visumai, negali pateisinti atsisakymo įgyvendinti individualias teises ir pareigas, kurios buvo pripažintos ir įgyvendintos anksčiau. Jie sakė, kad teisėjams nedera teikti šių neteisingų argumentų kaip teisės argumentų, kad ir kokie įtikimi jie būtų, jei būtų adresuojami teisės kūrėjams kaip ar-

gumentai už teisės pakeitimą. (Šį momentą itin akcentavo lordas Scarmanas.) Ginčas tarp lordų atskleidė svarbų nuomonių skirtumą apie tai, koks iš tikrųjų yra politinės nuostatos motyvų vaidmuo sprendžiant, į kokį rezultatą bylos šalys turi teisę.

Brown byla

Amerikos pilietiniame kare pergalę laimėjusi Šiaurė pataisė Konstituciją, turėdama tikslą užbaigti vergovę ir padaryti galą jos gausiems incidentams ir pasekmėms. Viena iš šių pataisų, Keturioliktoji, skelbė, kad jokia valstija negali iš jokio asmens atimti „vienodos įstatymų apsaugos". Po Rekonstrukcijos pietinės valstijos, jau įgijusios didesnį politinį savarankiškumą, segregavo daugelį viešųjų įstaigų pagal rasę. Juodaodžiai privalėjo važiuoti autobuso gale ir jiems buvo leista lankyti tik segreguotas mokyklas su kitais juodaodžiais. Garsiojoje byloje *Plessy v. Ferguson*[25] atsakovas teigė, galiausiai ir prieš Aukščiausiąjį teismą, kad šios praktikos faktai automatiškai pažeidžia vienodos apsaugos klauzulę. Teismas atmetė jų pretenziją; jis sakė, kad tos klauzulės reikalavimai patenkinami, jei valstijos suteikia atskiras, bet lygias priemones *(facilities)*, ir kad pats savaime segregacijos faktas automatiškai nedaro priemonių nelygių.

1954 metais juodaodžių moksleivių grupė Topekoje, Kanzaso valstijoje, vėl iškėlė šį klausimą.[26] Per tą laiką Jungtinėse Valstijose įvyko daug reikšmingų dalykų – pavyzdžiui, labai daug juodaodžių žuvo už šią šalį neseniai pasibaigusiame kare, – ir segregacijos neteisingumą juo skaudžiau juto dar daugiau žmonių negu tuomet, kai buvo sprendžiama *Plessy* byla. Nepaisant to, valstijos, kurios praktikavo segregaciją, labai atkakliai priešinosi integracijai, ypač mokyklų. Jų advokatai įrodinėjo, jog kadangi *Plessy* bylą sprendė Aukščiausiasis teismas, šį precedentą privalu gerbti. Šį kartą teismas priėmė juodaodžiams ieškovams palankų sprendimą. Jo sprendimas buvo netikėtai vieningas, tačiau tas vieningumas buvo pasiektas daugeliu atžvilgių kompromisinės nuomonės, parašytos vyriausiojo teisėjo Earlo Warreno kaina. Jis tiesiai neatmetė formulės „atskira, bet vienoda";

vietoj to jis pasirėmė kontroversiškais sociologiniais duomenimis, kad parodytų, jog to nepakanka, kad rasiniu atžvilgiu segreguotos mokyklos galėtų būti lygios. Taip pat jis atvirai nepasakė, kad Teismas dabar panaikina *Plessy* bylos sprendimą. Jis tik pasakė, kad *jeigu* dabartinis sprendimas nedera su *Plessy* bylos sprendimu, tai tas ankstesnis sprendimas yra panaikinamas. Pats svarbiausias kompromisas praktinių tikslų požiūriu buvo teisių, kurias ši nuomonė pripažino ieškovams, atkūrimo būdas. Ji neliepė tučtuojau desegreguoti Pietų valstijų mokyklų, o tik – pasak frazės, kuri tapo veidmainiškumo ir vilkinimo simboliu, padaryti tai „kiek įmanoma sparčiau" *(with all deliberate speed)*[27].

Tai būta labai kontroversiško sprendimo, po jo prasidėjęs integracijos procesas buvo lėtas, ir reikšmingas progresas pareikalavo daug daugiau teisinių, politinių ir netgi fizinių mūšių. Kritikai sakė, kad segregacija, kad ir kokia apgailėtina politinės moralės požiūriu, nėra nekonstituciška.[28] Jie pažymėjo, kad frazė „vienoda apsauga" pati savaime neduoda pagrindo pasakyti, ar segregacija yra uždrausta ar ne, ir kad atskiri kongresmenai ir valstybės pareigūnai, kurie parašė, išleido ir ratifikavo Keturioliktąją pataisą, puikiai žinojo apie segreguotą lavinimą, ir, aišku, suprato, kad jų pataisa palieka jį visiškai legalų ir kad Teismo sprendimas *Plessy* byloje yra svarbus precedentas, atstovaujantis kone nuo antikos laikų žinomiems precedentams, ir jo nedera lengva ranka panaikinti. Šie argumentai buvo dėl teisingų konstitucinės teisės pagrindų, o ne argumentai moralės ar tinkamumo *(repair)* naudai, daugelis juos teikusiųjų sutarė, kad segregacija buvo nemorali ir kad Konstitucija taptų geresniu dokumentu, jeigu ją uždraustų. Tų, kurie sutiko su Teismu, argumentai taip pat nebuvo argumentai moralės ir tinkamumo naudai. Jeigu Konstitucija nedraudė teisei oficialios rasinės segregacijos, tai *Brown bylos* sprendimas buvo neteisėtas konstitucinis papildymas, ir tik nedaugelis iš palaikiusiųjų tą sprendimą manė, kad jie palaiko būtent tai. Šiuo atveju, kaip ir kitais mūsų pateiktų pavyzdžių atvejais, kovos objektas buvo teisės klausimas. Taip bent jau atrodo iš nuomonės, ir taip šitai atrodė tiems, kurie kovėsi šiame mūšyje.

TEISĖS SEMANTINĖS TEORIJOS

Teisės propozicijos ir pagrindai

Anksčiau šiame skyriuje aš aprašiau tai, ką pavadinau akivaizdaus fakto postulatu paremta pažiūra į teisę. Anot jos, teisė priklauso tik nuo akivaizdaus istorinio fakto dalykų, kad vienintelis prasmingas nesutarimas dėl teisės yra empirinis nesutarimas dėl to, ką teisinės institucijos iš tikrųjų yra nusprendusios praeityje, kad tai, ką aš pavadinau teoriniais nesutarimais, yra iliuziška, ir kad geriau juos suprasti kaip diskusiją dėl to, kokia yra teisė, o ne kokia ji turėtų būti. Parinktieji atvejai iš pažiūros yra kontrpavyzdžiai akivaizdaus fakto postulatui: argumentai šiose bylose atrodo esą skirti teisei, o ne moralei, ištikimybei teisei ar kompensacijai. Todėl mes turime štai kaip kvestionuoti akivaizdaus fakto postulatą: kodėl jis tvirtina, kad atrodymas čia yra iliuzija? Kai kurie teisės filosofai pateikia netikėtą atsakymą. Jie sako, kad teorinis nesutarimas dėl teisės pagrindų būtinai yra tik pretenzija, nes pati žodžio „teisė" reikšmė daro teisę priklausomą nuo tam tikrų specifiškų kriterijų ir kad bet kuris teisininkas, kuris atmestų ar kvestionuotų tuos kriterijus, kalbėtų nesąmones, nes prieštarautų sau.

Vartodami bet kurį žodį, mes vadovaujamės bendromis normomis, sako jie: tos normos nustato kriterijus, kurie užtikrina žodžio reikšmę. Mūsų „teisės" termino vartojimo normos sieja teisę su akivaizdžiu istoriniu faktu. Iš to neplaukia, kad visi teisininkai yra įsisąmoninę šias normas ta prasme, kad gali jas išsakyti kokia nors glausta ir išsamia forma. Mat mes visi vadovaujamės mūsų bendros kalbos teikiamomis normomis, kurių nesame visiškai įsisąmoninę. Pavyzdžiui, žodį „priežastis" mes visi vartojame iš pažiūros apytiksliai taip pat – sutariame dėl to, kokie fiziniai įvykiai tapo kitų priežastimi, jei visi žinome reikalingus faktus, – tačiau dauguma iš mūsų nieko nenutuokia apie kriterijus, kuriuos naudojame darydami tuos sprendimus, ar netgi apskritai apie prasmę, kuria mes vartojame kriterijų terminą. Užduotis šitai mums išaiškinti tenka filosofijai. Tai gali būti ne visiškai paprasta, ir visai galimas dalykas, kad filosofai nesutars. Galbūt joks kriterijų kompleksas, nustatantis, kaip vartoti žodį „priežastis", visiš-

kai tiksliai neatitinka įprastinės praktikos, ir tuomet kils klausimas, kuris kriterijų kompleksas apskritai geriausiai tinka arba geriausiai atitinka centrinius priežastingumo atvejus. Be to, filosofo priežastingumo sąvokos paaiškinimas turi ne tik būti tinkamas panaudoti, bet taip pat privalo būti filosofiškai solidus ir patrauklus kitais atžvilgiais. Tas paaiškinimas privalo mūsų priežastingumo sąvokos vartojimo neaiškinti tokiu būdu, kuris verstų klausti, jei pačią šią sąvoką vartotų savo teikiamame jos vartojimo aprašyme, taip pat jis turi pasitelkti logišką ontologiją. Mes nepritariame priežastingumo sąvokos paaiškinimui, kuris apeliuotų į priežastinius dievus, esančius objektuose. Taip, anot pažiūros, kurią aš dabar aprašinėju, yra ir su teisės sąvoka. Mes visi naudojame tuos pačius faktinius kriterijus formuluodami, pritardami ir atmesdami teiginius apie tai, kokia yra teisė, tačiau nesame įsisąmoninę, kokie yra tie kriterijai. Teisės filosofai mums turi juos nušviesti, jautriai studijuodami, kaip mes kalbame. Jie gali nesutarti tarpusavyje, tačiau vien tai nedaro abejotinos jų bendros prielaidos – tos, kad mes tikrai turime bendrą tam tikrą standartų kompleksą, reguliuojantį, kaip turi būti vartojamas „teisės“ terminas.

Filosofai, kurie tvirtina, kad visi teisininkai vadovaujasi tam tikrais, galbūt neįsisąmonintais, lingvistiniais kriterijais, leidžiančiais spręsti apie teisės propozicijas, produkavo teorijas, identifikuojančias tuos kriterijus. Aš šias teorijas kolektyviai vadinsiu semantinėmis teisės teorijomis, tačiau šis pavadinimas pats reikalauja kokio nors paaiškinimo. Ilgą laiką teisės filosofai savo produktus įpakuodavo kaip teisės apibrėžimus. Pavyzdžiui, Johnas Austinas, kurio teoriją glaustai aprašysiu, sakė plėtojąs teisės „reikšmę“ *(meaning)*. Kai kalbos filosofai išplėtojo rafinuotesnes reikšmės teorijas, teisės filosofai tapo šykštesni definicijų ir dabar sakė aprašą teisinių sąvokų „vartoseną“, turėdami galvoje – mūsų žodyno terminais – aplinkybes, kuriomis teisės propozicijos visų kompetentingų teisininkų laikomos teisingomis arba neteisingomis. Mano galva, tai buvo ne daugiau nei pakuotės pakeitimas; šiaip ar taip, aš ketinu „vartosenos“ teorijas įtraukti į semantinių teisės teorijų grupę – lygiai kaip ankstesnes teorijas, kurios turėjo daugiau definicinio ryžto.[29]

Teisinis pozityvizmas

Semantinės teorijos taria, kad spręsdami, kada teisės propozicijos yra teisingos arba klaidingos, teisininkai ir teisėjai naudoja dažniausiai tuos pačius kriterijus (tačiau šie yra paslėpti ir nepripažįstami); jos taria, kad teisininkai iš tikrųjų sutaria dėl teisės pagrindų. Šios teorijos nesutaria dėl to, kokie kriterijai yra bendri teisininkams ir kokių pagrindų šie kriterijai reikalauja. Teisės studentai mokomi klasifikuoti semantines teorijas pagal štai kokią apytikslę schemą. Anot pačių įtakingiausių semantinių teorijų, bendri kriterijai teisės propozicijų tiesą daro priklausomą nuo tam tikrų specifikuoti galimų istorinių įvykių. Šios pozityvistinės teorijos, kaip jos vadinamos, remia akivaizdaus fakto postulatu grindžiamą pažiūrą į teisę, anot kurios, tikras nesutarimas dėl to, kokia yra teisė, turi būti empirinis nesutarimas teisinių institucijų istorijos klausimais. Tačiau pozityvistinės teorijos ginčijasi tarpusavyje dėl to, kurie istoriniai faktai yra lemiamos reikšmės, ir britų jurisprudencijoje itin svarbios buvo dvi istorinių faktų svarbos aiškinimo versijos.

Johnas Austinas, devynioliktojo amžiaus britų teisininkas ir teisės dėstytojas, sakė, kad tam tikroje politinėje bendruomenėje teisės propozicija yra teisinga, jeigu ji korektiškai praneša užimančių suvereno poziciją toje bendruomenėje kokio nors asmens ar grupės būtą komandą. Jis apibrėžė suvereną kaip tam tikrą asmenį ar grupę, kurio komandoms paklūstama iš įpročio ir kuris pats neturi įpročio paklusti kam nors kitam.[30] Ši teorija tapo intensyvių ir dažnai scholastiškų debatų objektu. Teisės filosofai ginčijosi dėl to, ar tam tikras akivaizdžiai teisingas teisės propozicijas – pavyzdžiui, propoziciją apie parašų skaičių, būtiną testamentą padaryti teisiškai galiojantį, – tikrai būtų galima sakyti esant teisingas dėl kieno nors *komandos*. (Galų gale juk nei jums, nei man niekas nekomandavo parengti apskritai kokį nors testamentą, ką jau kalbėti apie galiojantį testamentą.) Jie taip pat diskutavo, ar demokratijoje, tokioje kaip Jungtinės Valstijos, kurioje žmonės kaip visuma išlaiko galią radikaliai pakeisti valdžios formą papildant Konstituciją, bū-

tų galima sakyti, kad kokia nors grupė yra dutiniškasis suverenas. Tačiau, nors Austino teorija buvo pripažinta defektyvia įvairių detalės dalykų atžvilgiu ir buvo siūloma daug pataisymų ir patobulinimų, jo pagrindinė idėja – kad teisė yra žmonių, esančių politinės galios pozicijose, istorinių sprendimų dalykas – niekuomet neprarado savo autoriteto jurisprudencijoje.

Pats svarbiausias ir fundamentalus tos idėjos performulavimas yra H. L. A. Harto knyga *Teisės samprata*, pirmą kartą pasirodžiusi 1961 metais.[31] Hartas atmetė Austino teisinio autoriteto, kaip nuogo *(brute)* įprotinės komandos fakto ir paklusimo, aiškinimą. Jis sakė, kad tikruosius teisės pagrindus konstituoja bendruomenė kaip visuma, pripažindama fundamentalią svarbiausiąją normą *(master rule)* (jis pavadino ją „pripažinimo taisykle"), kuri tam tikriems žmonėms ar grupėms suteikia autoritetą kurti teisę. Taigi teisės propozicijos yra teisingos ne tiesiog dėl žmonių, kuriems paklūstama iš įpročio, komandų, o, fundamentaliau imant, dėl socialinių konvencijų, kurios reprezentuoja bendruomeninį normų schemos, suteikiančios galią tokiems žmonėms arba grupėms kurti galiojančią teisę, pripažinimą. Propozicija, kad greičio riba Kalifornijoje yra 55, Austinui yra teisinga tiesiog dėl to, kad dėl susiklosčiusių aplinkybių įstatymų kūrėjai, kurie išleido tą normą, ten turi valdžią; Hartui ji yra teisinga dėl to, kad Kalifornijos žmonės pritarė ir toliau pritaria autoriteto schemai, išdėstytai valstijos ir nacionalinėje konstitucijoje. Austino požiūriu, propozicija, kad iš neatsargių vairuotojų reikalaujama kompensuoti motinoms, kurios patiria emocinę traumą nelaimės įvykio vietoje, yra teisinga Britanijoje dėl to, kad žmonės su politine galia padarė teisėjus savo pavaduotojais ir tylomis priima jų komandas kaip savo pačių. Hartui ta propozicija yra teisinga dėl to, kad pripažinimo taisyklė, pripažinta britų žmonių, teisėjų skelbiamus dalykus daro teise, kurią kiti pareigūnai – teisės kūrėjai – turintys atitinkamą galią, gali, jei nori, panaikinti.

Harto teorija, kaip ir Austino, sukėlė nemažus debatus tarp tų, kuriuos traukia jo pamatinės idėjos. Kas sudaro pripažinimo taisyklės „pripažinimą"? Daugelis nacių Vokietijos pareigūnų pakluso Hit-

lerio komandoms kaip teisei, tačiau tik iš baimės. Ar tai reiškia, kad jie pripažino pripažinimo taisyklę, suteikdami jam teisę kurti teisę? Jei taip, tai skirtumas tarp Harto teorijos ir Austino teorijos tampa neaiškus, nes tuomet nebelieka jokio skirtumo tarp žmonių grupės, pripažįstančios pripažinimo taisyklę, ir tų žmonių, kurie tiesiog iš baimės sąmoningai susisaisto paklusnumo varžtais. Jeigu ne, jeigu pripažinimas reikalauja kažko daugiau nei vien paklusnumas, tuomet, ko gero, reikia daryti išvadą, kad nacių Vokietijoje nebuvo teisės, kad ten arba daugelyje kitų vietų, kur dauguma žmonių sakytų, kad teisė yra, nors ir bloga ar nepopuliari, jokios teisės propozicijos nebuvo teisingos. Ir tuomet Harto teorija galiausiai nesuvokia, kaip visi teisininkai vartoja žodį „teisė". Mokslininkams kėlė ir kelia rūpestį šis ir kiti Harto teorijos aspektai, tačiau – pakartosiu – jo pamatinė idėja, kad teisės propozicijų tiesa yra kokia nors svarbia prasme priklausoma nuo konvencinių teisės pripažinimo modelių, susilaukė plačios paramos.

Kitos semantinės teorijos

Pozityvistinės teorijos neliko nekvestionuotos klasikinėje jurisprudencijos literatūroje; turiu paminėti dvi kitas teorijų grupes, paprastai laikomas anų varžovėmis. Pirmoji grupė paprastai vadinama prigimtinės teisės mokykla *(natural law school),* nors įvairios teorijos, įtraukiamos į grupę su šia antrašte, pastebimai skiriasi viena nuo kitos, ir tas pavadinimas netinka nė vienai iš jų.[32] Jeigu šias teorijas traktuojame kaip semantines teorijas (3-iame skyriuje aprašau geresnį būdą jas suprasti), jas sieja štai kas: jos teigia, kad teisininkai, spręsdami, kurios teisės propozicijos yra teisingos, vadovaujasi kriterijais, kurie nėra grynai faktiniai, bet visada bent jau tam tikru mastu moraliniai. Pati kraštutiniausia šios rūšies teorija tvirtina, kad teisė ir teisingumas yra tas pat, todėl jokia neteisinga *(unjust)* teisės propozicija negali būti teisinga. Ši kraštutinė teorija yra labai neįtikima kaip semantinė teorija, nes teisininkų kalba jai dažnai prieštarauja. Pavyzdžiui, daugelis teisininkų tiek Britanijoje, tiek Jungtinėse Vals-

tijose mano, kad progresyvinis pajamų mokestis yra neteisingas, tačiau nė vienas iš jų neabejoja, kad šių šalių teisė nustato progresyvinį apmokestinimą. Kai kurios ne tokios kraštutinės „prigimtinės teisės" teorijos teigia tik tai, kad moralė kartais yra relevantiška teisės propozicijų tiesai. Jos sugestijuoja, pavyzdžiui, kad kai įstatymas yra atviras skirtingoms interpretacijoms, kaip Elmerio atveju, arba kai precedentai nėra palankūs tik vienam sprendimui, kaip ponios McLoughlin atveju, ta interpretacija, kuri yra moraliai pranašesnė, yra teisingesnis teisės išdėstymas. Tačiau net ir ši silpnesnioji prigimtinės teisės versija yra neįtikinama, jeigu mes ją suprantame kaip semantinę teoriją apie tai, kaip visi teisininkai vartoja žodį „teisė"; ko gero, teisėjas Gray būtų sutikęs su Teisėju Earlu, jog teisė būtų geresnė, jeigu ji atimtų palikimą iš Elmerio, tačiau jis nesutiko, kad dėl to teisė ją iš jo atima.

Studentai mokomi, kad antroji pozityvizmo varžovė yra teisinio realizmo mokykla. Realistinės teorijos buvo išplėtotos šio [dvidešimtojo] amžiaus pradžioje, daugiausia Amerikos teisės mokyklose, nors šis judėjimas turi reprezentantų ir kitur. Jeigu jas traktuojame kaip semantines teorijas, jos tvirtina, kad lingvistinės normos, kuriomis vadovaujasi teisininkai, teisės propozicijas daro instrumentiškas ir prognozuojančias *(predictive)*. Geriausia versija sugestijuoja, kad tiksli teisės propozicijos prasmė – sąlygos, kurioms esant teisininkai propozicijas laikys teisingomis, – priklauso nuo konteksto. Jeigu teisininkas konsultuodamas klientą sako, jog, pavyzdžiui, teisė leidžia žudikams paveldėti, reikia suprasti, kad jis spėja, jog būtent šitai nuspręs teisėjai per artimiausią dalyko svarstymą teisme. Jeigu tai sako teisėjas, reikšdamas savo nuomonę, jis teikia kitokios rūšies spėjamąją hipotezę – apie bendrą kursą ar „kelią", kurio, pagal didžiausią tikimybę, teisė laikysis bendroje jo sprendimo srityje.[33] Kai kurie realistai išreiškė šias idėjas dramatiškai skeptiška kalba. Jie sakė, kad nėra tokio dalyko kaip teisė arba kad teisė priklauso tik nuo to, ką teisėjas valgė pusryčių. Jie turėjo galvoje, jog negali būti tokio dalyko kaip teisė be šių įvairių rūšių spėjimų. Tačiau net taip suprantamas, realizmas lieka didžiai neįtikimas kaip semantinė teorija. Mat

vargu ar yra prieštaringa – tiesą sakant, šitai yra visuotina – tai, kad teisininkai spėja, jog teisėjai padarys teisės klaidą, arba tai, kad teisėjai suformulavę savo pažiūrą į teisę priduria, kad jie viliasi ir tikisi, jog teisė bus pakeista.

Pozityvizmo gynimas

Aš dėmesį telksiu į teisinį pozityvizmą nes, kaip ką tik sakiau, tai yra semantinė teorija, kuri remia pozityvaus fakto postulatu grindžiamą pažiūrą į teisę ir teiginį, kad tikra diskusija dėl teisės turi būti empirinė, o ne teorinė. Jeigu pozityvizmas yra teisus, tai teorinio nesutarimo dėl teisės pagrindų regimybė *Elmerio byloje, McLoughlin byloje,* nykstančios žuvų rūšies byloje ir *Brown byloje,* yra tam tikra prasme apgaulinga. Šių bylų keliamų klausimų nebuvo nei vienaip, nei antraip išsprendusios praeities teisinės institucijos, tad teisininkai, deramai vartodami žodį „teisė", kaip reikalauja pozityvizmas, būtų sutarę, kad nėra jokios teisės, kurią reikėtų nustatyti. Todėl jų nesutarimas turėjo būti užmaskuotas diskusija dėl to, kokia teisė turėtų būti. Tačiau mes galime pakartoti šį nesutarimą kaip argumentą prieš pozityvizmą. Kodėl tokiais atvejais kaip šie teisininkai ir teisėjai turėtų dėtis nesutarią teoriškai? Kai kurie pozityvistai turi paruošę greitą atsakymą: teisėjai dedasi nesutarią dėl teisės todėl, kad viešuomenė tiki, jog visuomet esama teisės ir kad teisėjai visuomet turėtų ją vykdyti. Pagal šią pažiūrą, teisininkai ir teisėjai yra sistemingai susimokę nuslėpti nuo žmonių tiesą, kad nesugriautų jų iliuzijos arba nesukeltų jų neišmanėliško pykčio.

Šis greitas atsakymas yra neįtikinamas. Lieka mįslė, kodėl apsimetimas yra būtinas arba kaip jis gali būti sėkmingas. Jeigu visi teisininkai sutaria, kad tokiais atvejais kaip mūsų parinktieji nėra teisės, kuri lemtų sprendimą, tai ši pažiūra jau seniai turėjo tapti mūsų populiariosios politinės kultūros dalimi – kodėl ji ja netapo? O jeigu ji netapo – jeigu dauguma žmonių vis dar mano, jog visuomet yra teisė, kurią teisėjai privalo vykdyti, – kodėl profesionalai turėtų bijoti pataisyti savo klaidą sąžiningesnės teisminės praktikos interesų la-

bui? Šiaip ar taip, kaip ta pretenzija gali būti efektyvi? Ar nuviltai bylos šaliai nebūtų paprasta pademonstruoti, kad iš tiesų nebuvo jokios teisės sutinkamai su pagrindais, kurie, kaip visi žino, yra teisingi pagrindai? Ir jeigu apsimetimas yra taip paprastai demaskuojamas, kam vargintis kuriant šaradas? Ir mūsų parinktuose bylų pavyzdžiuose nėra jokių įrodymų, kad kuris nors iš teisininkų ar teisėjų iš tikrųjų tikėjo tuo, ką šis ginamasis argumentas jiems priskiria. Daugelis iš jų argumentų būtų visiškai netinkami nei kaip argumentai dėl teisės tinkamumo *(repair)*, nei kaip argumentai dėl teisės patobulinimo; jie yra prasmingi tik kaip argumentai dėl to, ką teisėjai turi daryti, kad įgyvendintų savo atsakomybę, reikalaujančią įgyvendinti teisę tokią, kokia ji yra. Pavyzdžiui, atrodytų keista, jei Gray ar Burgerį aprašytume kaip pasiryžusius reformai ar patobulinimui dėl to, kad jie abu pripažino, jog tai, ką jie laikė esant teisę, buvo atvira rimtiems priekaištams teisingumo ar išminties vardu. Jie argumentavo, kad svarstomas įstatymas turi būti interpretuojamas tam tikru būdu, *nepaisant* jo akivaizdžių defektų, taip interpretuojamų.

Tačiau jeigu jau pozityvistas pripažįsta, kad Gray mėgino pasakyti, kokia yra teisė, o ne kokia ji turėtų būti, jis taip pat turi pripažinti, kad Gray'aus pažiūros į teisės pagrindus buvo kontroversiškos net jo paties teisme. Priešinga Earlo pozicija taip pat turi būti suprantama kaip teiginys apie tai, ko reikalauja teisė – teiginys, kad Gray buvo neteisus – o ne užmaskuotas manevras siekiant pataisyti ar peržiūrėti teisę. *McLoughlin byloje* Apeliacinio teismo teisėjai išties atrodė manią, jog kadangi precedentai buvo susiję tik su emocine žala nelaimės įvykio vietoje, nebuvo jokios teisės, vienaip ar antraip reguliuojančios emocinę žalą, patiriamą anapus įvykio vietos, ir kad dėl to jų užduotis yra pataisyti, išplėtoti teisę geriausiu būdu, atsižvelgiant į viską. Tačiau ne toks buvo Lordų rūmų požiūris, ir ypač ne lordo Scarmano, maniusio, kad jis yra saistomas principų, kuriuos įtvirtino precedentai. Kiek yra žinoma, lordas Scarmanas sutiko su Apeliacinio teismo teisėjais, kad bendruomenės padėtis, apskritai imant, pablogėtų, jei tomis aplinkybėmis būtų suteikta teisė į kompensaciją. Įvairūs teisėjai, kurie teisėjavo ponios McLoughlin

byloje, nesutarė dėl precedento kaip teisės šaltinio galios ir pobūdžio, ir nors nesutarimas buvo subtilus, tai vis vien buvo nesutarimas dėl to, kokia yra teisė, o ne dėl to, ką derėtų daryti nesant teisės.

Iš tikrųjų nesama jokių pozityvių įrodymų, kad kai teisininkai ir teisėjai atrodo nesutarią dėl teisės, jie iš tiesų argumentuoja sukryžiavę pirštus. Nesama jokio argumento, paremiančio tokią pažiūrą į šį reikalą, išskyrus klausimų keliantį argumentą, jog jeigu akivaizdaus fakto tezė yra pagrįsta, jie tiesiog būtinai apsimetinėja. Tačiau esama labiau rafinuoto pozityvizmo apgynimo, kuris pripažįsta, kad teisininkai ir teisėjai mūsų parinktuose pavyzdžiuose manė, kad jie nesutaria dėl teisės, tačiau įrodinėja, kad dėl šiek tiek kitokios priežasties ši autodeskripcija neturėtų būti laikoma grynu pinigu. Šis naujas argumentas pabrėžia perskyros tarp standartinės ar pagrindinės žodžio „teisė" vartosenos ir paribio arba konotuotosios to žodžio vartosenos svarbą. Jis teigia, kad visi teisininkai ir teisėjai vadovaujasi iš principo ta pačia „teisės" termino vartojimo norma ir todėl, pavyzdžiui, visi sutaria dėl leistino greičio ribos Kalifornijoje ir pagrindinės mokesčio normos Britanijoje. Tačiau kadangi žodžių vartojimo normos nėra preciziškos ir tikslios, jos įgalina konotacinius arba paribio atvejus, kai žmonės kalba šiek tiek skirtingai. Todėl žodį „teisė" teisininkai gali vartoti kitaip marginaliniais atvejais, kai yra patenkinami kai kurie, bet ne visi, pagrindinėje normoje specifikuojami pagrindai. Šitai paaiškina, anot aptariamojo argumento, kodėl jie nesutaria sunkiosiose bylose, tokiose kaip mūsų parinkti atvejai. Kiekvienas naudoja šiek tiek skirtingą pagrindinės normos versiją, ir šiais ypatingais atvejais skirtumai tampa raiškūs.[34] Šiuo požiūriu, – įrodinėjama toliau, – mūsų „teisės" termino vartojimas nė kiek nesiskiria nuo mūsų daugelio kitų žodžių vartojimo, kuriuos manome esant neproblemiškus. Pavyzdžiui, visi sutariame dėl standartinės žodžio „namas" reikšmės. Tas, kuris neigia, kad atskiri vienos šeimos gyvenamieji būstai paprastose priemiesčio gatvėse yra namai, tiesiog nesupranta anglų kalbos. Vis dėlto esama ribinių atvejų. Ne visi žmonės vadovaujasi lygiai ta pačia norma; kai kurie sakytų, kad Bakingamo rūmai yra namas, o kiti – ne.

Šis rafinuotesnis pozityvizmo apgynimas pasakoja šiek tiek kitokią istoriją apie mūsų parinktuosius atvejus negu „argumentavimas sukryžiavus pirštus“ istorija. Pagal šią naują istoriją, Earlas ir Gray, ir kiti teisėjai bei teisininkai jokiu būdu neapsimetinėjo arba nemėgino apgaudinėti publikos. Jie nesutarė dėl teisės statuso, tačiau jų nesutarimas buvo „grynai verbalinis“ nesutarimas, toks kaip nesutarimas, ar Bakingamo rūmai yra namas. Pagal šį ginamąjį argumentą, *mums,* kaip kritikams, apie jų argumentą geriau galvoti kaip apie argumentą už tinkamumą, už tai, kokia teisė turi būti, nes teisinį procesą suprasime geriau, jeigu „teisės“ terminą vartosime aprašyti tik tam, kas sudaro šios sąvokos esmę, t. y. jeigu jį vartosime aprėpti tik toms teisės propozicijoms, kurios yra teisingos pagal svarbiausią ir pagrindinę „teisės“ termino vartojimo normą, kurią visi pripažįsta, tokias kaip Kelių kodekso propozicijos. Būtų geriau, jeigu teisininkai ir teisėjai „teisės“ terminą vartotų šiuo būdu, lygiai kaip būtų geriau, jeigu niekas nesiginčytų dėl teisingo Bekingemo rūmų klasifikavimo, o sutiktų žodį „namas“ vartoti vienodai visuomet, kai gali. Taigi pozityvizmas, apgintas šiuo skirtingu būdu, be deskriptyvaus, turi ir reformuojamąjį pobūdį. Kiekvienu atveju šis apgynimas yra akivaizdi aiškaus fakto tezė. Pagrindinį klausimą kiekvienu iš mūsų parinktų atvejų jis traktuoja kaip klausimą, nors patys teisėjai to galėjo šitaip ir nesuvokti, ir mus skatina jų darbą vertinti klausiant, kaip teisėjai turėtų plėtoti naują teisę, kai kokio nors atvejo negalima išspręsti taikant teisės pagrindų normas, kurias pripažįsta visi teisininkai.

Tačiau ši nauja istorija vienu atžvilgiu yra panaši į „sukryžiuotų pirštų“ istoriją: ji visiškai nepaaiškina, kodėl teisės profesionalai turėjo taip ilgai elgtis taip, kaip ta istorija teigia juos elgusis. Juk protaujantys žmonės nesiginčija dėl to, ar Bekingemo rūmai iš tikrųjų yra namas; sykiu jie supranta, kad šitai nėra tikra problema, o tik to, kokia žodžio, kurio reikšmė nėra fiksuota jo paribiuose, vartosena pasirenkama, reikalas. Jeigu „teisė“ iš tiesų funkcionuoja kaip „namas“, kodėl teisininkai turėtų taip ilgai ginčytis dėl to, ar iš tikrųjų teisė suteikia vidaus reikalų sekretoriui galią sustabdyti beveik baigtą užtvanką siekiant išgelbėti mažą žuvelę, arba – ar teisė draudžia

rasiškai segreguotas mokyklas? Kaip jie galėtų manyti, jog jie turi argumentų už iš esmės arbitralų sprendimą vartoti tą žodį vienaip arba antraip? Kaip jie gali galvoti, kad svarbūs sprendimai apie valstybės galios naudojimą turėtų priklausyti nuo smulkių priekabių? Negelbsti ir pasakymas, kad teisininkai ir teisėjai gali apsigauti, nes iš tikrųjų jie ginčijasi dėl kito dalyko, politiniu klausimu, ar sekretorius turėtų turėti tokią galią arba ar valstijose turėtų būti uždrausta segreguoti jų mokyklas. Mes jau pažymėjome, kad daugelis argumentų, kuriuos teisėjai teikia savo kontroversiškiems teisės teiginiams paremti, nėra tinkami tiems tiesiogiai politiniams klausimams. Taigi naujas pozityvizmo apgynimas yra radikalesnė profesinės praktikos kritika, nei jis gali atrodyti iš pradžių. Argumentavimu „sukryžiavus pirštus" besiremiantis gynimas vaizduoja teisėjus kaip geravalius melagius; tuo tarpu ribinio atvejo teze besiremiantis gynimas rodo juos esant mulkius.

Be to, paribio atvejo argumentu besiremiantis gynimas yra blogesnis ir už įžeidimą, nes ignoruoja svarbią perskyrą tarp dviejų nesutarimo rūšių, perskyrą tarp ribinių atvejų ir bandomųjų ar centrinių atvejų. Žmonės iš tiesų dažnai kalba apie visiškai skirtingus dalykus tuo būdu, kurį aprašo argumentas, apeliuojantis į marginalią vartoseną. Jie sutaria dėl teisingų testų, kaip taikyti tam tikrą žodį tais atvejais, kuriuos jie laiko normaliais, o skirtingai tą žodį vartoja tik tais atvejais, kuriuos jie visi pripažįsta esant marginalius, tokiais kaip rūmų atvejis. Tačiau kartais jie įrodinėja apie kokio nors žodžio ar aprašymo tinkamumą, nes nesutaria dėl korektiškų testų, taikytinų žodžio ar frazės vartojimui *bet kokia* proga. Šį skirtumą galime suprasti įsivaizduodami du nesutariančių meno kritikų argumentus dėl to, ar fotografija turi būti laikoma meno forma ar meno sritimi. Jie gali sutarti dėl tikslių prasmių, kuriomis fotografija yra panaši ir nepanaši į veiklas, kurios, jų visų pripažinimu, yra „standartiniai" nekontroversiški meno pavyzdžiai, tokias kaip tapyba ir skulptūra. Jie gali sutarti, kad fotografija nėra meno forma visa prasme arba nėra centrinė meno forma ta prasme, kuria tos kitos veiklos yra centrinės; kitaip tariant, jie gali sutarti, kad fotografija meno požiūriu

geriausiu atveju yra paribio atvejis. Tada jie greičiausiai taip pat sutartų, kad sprendimas, ar ta kategorija apima fotografiją, ar ši lieka anapus jos, galiausiai yra arbitralus, ir kad vienokį ar kitokį sprendimą reikia priimti patogumo arba paprastumo, arba argumentavimo sumetimais, tačiau šiaip tai, ar fotografija „iš tikrųjų" yra menas, nėra tikra problema, dėl kurios verta diskutuoti. Dabar apsvarstykime visiškai kitokios rūšies debatus. Viena grupė tvirtina, jog (kad ir ką mano kiti) fotografija yra centrinis meno formos pavyzdys ir kad bet kuri kitokia pažiūra rodytų esminės meno prigimties gilų nesupratimą. Kita grupė užima priešingą poziciją, pagal kurią, kiekvienas įtikimas meno pobūdžio supratimas parodo, kad fotografija visiškai netelpa jo ribose, kad fotografijos technikos yra iš esmės svetimos meno tikslams. Tokiomis aplinkybėmis būtų visiškai neteisinga šią argumentaciją aprašyti kaip ginčą dėl to, kur dera nubrėžti kokią nors ribos liniją. Ginčas būtų dėl to, kas iš tikrųjų yra menas, deramai suprantant; jis atskleistų, kad dvi grupės turi labai skirtingas idėjas apie tai, kodėl net ir standartinės meno formos, kurias jos abi pripažįsta – tapyba ir skulptūra, – gali pretenduoti į šį – meno – vardą.

Jūs galite būti tos nuomonės, kad antrasis argumentas, kurį ką tik aprašiau, yra paikas, mokslo reikalavimams nusižengiantis argumentas. Tačiau kad ir ką jūs manote, tokio pobūdžio argumentų pasitaiko[35], ir jie skiriasi nuo pirmosios rūšies argumentų. Didelė supratimo klaida būtų suplakti tuos du argumentus arba sakyti, kad vienas tėra specialus kito atvejis. „Rafinuotas" pozityvizmo apgynimas būtent šiuo būdu neteisingai supranta teisminę praktiką. Įvairūs teisėjai ir teisininkai, kurie pareiškė nuomonę apie mūsų parinktuosius atvejus, nemanė, kad gina marginalius ar ribinius atvejus. Jų nesutarimai dėl teisėkūros ir precedento buvo fundamentalūs; jų argumentai rodė, kad jie nesutarė ne tik dėl to, ar Elmeris turėtų gauti palikimą, bet ir dėl to, kodėl bet kuris legislatyvinis aktas, netgi eismo kodeksai ir apmokestinimo normos, nustato teises ir prievoles, kurias, kaip visi sutaria, jis nustato; jie nesutarė ne tik dėl to, ar ponia McLoughlin turėtų gauti kompensaciją, o ir dėl to, kaip ir kodėl praeities teisminiai sprendimai

keičia šalies teisę. Jie nesutarė dėl to, kas teisės propoziciją daro teisingą ne tik paribyje, bet ir pagrindinėje srityje. Tie, kurie apie mūsų parinktuosius atvejus pareiškė nuomonę teismo salėse ir auditorijose, ir teisės žurnaluose, juos suprato kaip fundamentalius principus patikrinančius pagrindinius atvejus, o ne kaip ribinius atvejus, reikalaujančius nubrėžti daugiau ar mažiau arbitralią liniją.

REALUSIS ARGUMENTAS UŽ SEMANTINES TEORIJAS

Jeigu teisinis argumentas yra daugiausiai – ar net jei tik iš dalies – dėl pagrindinių atvejų, tai teisininkai negali visi naudoti tų pačių faktinių kriterijų spręsdami, kada teisės propozicijos yra teisingos ir klaidingos. Jie įrodinėtų daugiausia ar iš dalies tai, kokius kriterijus jie turėtų naudoti. Taigi semantinių teorijų projektas, bendrų normų nustatymas įdėmiai studijuojant, ką teisininkai sako ir daro, būtų pasmerktas žlugti. Dabar tinkamas momentas kvestionavimui, kuris jau pribrendo. Kodėl pozityvistai yra tokie tikri, kad teisinis argumentas nėra tai, kas jis atrodo esąs? Kodėl jie yra tokie tikri, jog, nepaisant pirmo žvilgsnio, teisininkai vadovaujasi bendromis normomis, nustatančiomis, kaip vartoti „teisės“ terminą? Patirtis negali būti tai, kas juos įtikina tuo, nes patirtis moko priešingai. Jie sako, kad teisminė ir teisinė praktika nėra tai, kas ji atrodo esanti. Bet tuomet kodėl nėra? Simptomai – klasikiniai, o mano diagnozė įprasta. Semantinės teorijos filosofus kamuoja tam tikra psichologinė blokada. Tačiau kas tai per blokada?

Reikia atkreipti dėmesį į štai kokį argumentą: jeigu du teisininkai iš tikrųjų vadovaujasi *skirtingomis* normomis vartodami žodį „teisė“ ir vartoja skirtingus faktinius kriterijus spręsdami, kada teisės propozicija yra teisinga arba klaidinga, tai kiekvienas turi turėti galvoje kažką skirtinga nei kitas, kai sako, kas yra teisė. Earlas ir Gray turi turėti galvoje skirtingus dalykus, kai jie teigia arba neigia, kad teisė leidžia paveldėti žudikams: Earlas turi galvoje, kad jo teisės pagrindai yra arba nėra patenkinti, o Gray turi galvoje savuosius pagrindus, o ne Earlo. Taigi

netiesa, kad tie du teisėjai iš tiesų nesutaria dėl ko nors, kai vienas neigia, kitas tvirtina šią propoziciją. Jie tiesiog vienas kito negirdi. Jų ginčai yra betiksliai pačia trivialiausia ir labiausiai erzinančia prasme, kaip ginčas dėl bankų *(banks)*, kai vienas asmuo turi galvoje taupomuosius bankus, o kitas – upės pakrantę *(riverbanks)*. Negana to, net kai teisininkai atrodo sutarią dėl to, kas yra teisė, jų sutarimas taip pat pasirodo esąs netikras, tarytum tie du žmonės, kuriuos ką tik įsivaizdavau, manytų sutarę, jog esama daug bankų Šiaurės Amerikoje.

Šios keistos išvados turi būti neteisingos. Teisė yra klestinti praktika, ir nors visai galimas dalykas, kad ji yra defektyvi, netgi fundamentaliai, ji nėra groteskiškas pokštas. Pasakymas, kad teisėjai turėtų įgyvendinti, o ne ignoruoti teisę ir kad piliečiai turi jai paklusti, išskyrus retus atvejus, ir kad pareigūnai yra saistomi jos normos, šį tą reiškia. Atrodo bukaprotiška visa tai neigti vien dėl to, kad mes kartais nesutariame, kas iš tikrųjų yra teisė. Tad mūsų teisės filosofai mėgina apsaugoti, ką gali. Jie desperatiškai griebiasi šiaudo: jie sako, kad teisėjai sunkiosiose bylose tik dedasi nesutarią dėl to, kas yra teisė, arba kad sunkiosios bylos yra tik ginčai paribyje to, kas yra aišku ir visuotinai suprantama. Jie mano, kad kitaip jie būtinai pripras prie kokios nors formos teisinio nihilizmo. Logika, kuri lemia šią maišatį, yra ką tik aprašyta logika, argumentas, kad jeigu teisininkai ir teisėjai neturi bendrų faktinių teisės pagrindų kriterijų, negali būti jokios reikšmingos minties ar debatų apie tai, kas yra teisė. Mums nelieka nieko kita, kaip susiremti su šiuo argumentu. Tai filosofinis argumentas, tad kitas mūsų projekto etapas taip pat turi būti filosofinis.

2. Interpretacijos sąvokos

SEMANTINIS GELUONIS

Argumentą, kurį ką tik aprašiau ir kuris pridarė tiek eibių teisės filosofijoje, aš vadinsiu semantiniu geluoniu *(sting)*. Jo aukos yra žmonės, kurie laikosi tam tikro įsivaizdavimo apie tai, kokio nesutarimo esama ir kada jis yra įmanomas. Jie mano, kad mes galime prasmingai ginčytis vienas su kitu, jeigu, bet tik tuomet jeigu visi pripažįstame ir vadovaujamės tais pačiais kriterijais, taikytinais sprendžiant, kada mūsų teiginiai yra pagrįsti, net jei negalime tiksliai suformuluoti, kokie yra tie kriterijai, – tai padaryti galėtų tikėtis filosofas. Pavyzdžiui, Jūs ir aš galime prasmingai diskutuoti, kiek knygų aš turiu savo lentynoje, tik jeigu mes abu sutariame, bent jau apytiksliai, dėl to, kas yra knyga. Mes galime nesutarti dėl ribinių atvejų: aš galiu plona knygele vadinti tai, ką jūs pavadintumėte brošiūra. Tačiau mes negalime nesutarti dėl to, ką aš pavadinau pagrindiniais atvejais. Jeigu jūs mano *Mobi Diko* egzemplioriaus nelaikote knyga, nes, jūsų požiūriu, romanai nėra knygos, bet koks nesutarimas yra pasmerktas būti beprasmiškas. Jeigu šis paprastas vaizdinys apie tai, kada yra įmanomas tikras nesutarimas, išsamiai apima visas galimybes, jis turi galioti teisinėms sąvokoms, įskaitant ir teisės sąvoką. Tuomet kyla štai kokia dilema. Arba, nepaisant pirmo žvilgsnio, teisininkai iš tiesų visi pripažįsta apytiksliai tuos pačius kriterijus, taikytinus sprendžiant, kada teiginys apie teisę yra teisingas, arba apskritai negali būti tikro sutarimo arba nesutarimo dėl teisės, o tik idiotiškumas žmonių, manančių, kad jie nesutaria, nes jie tam pačiam garsui priskiria skirtingas reikšmes. Antroji šios dilemos dalis atrodo absurdiška. Tad teisės filosofai griebiasi pirmosios ir mėgina identifikuoti paslėptas pamatines normas,

kurios *turi* būti įtvirtintos, kad ir nepripažintos, teisinėje praktikoje. Jie kuria ir svarsto semantines teisės teorijas.

Šių teorijų nelaimei, šis pavaizdavimas to, kas daro nesutarimą galimą, prastai dera su tų rūšių nesutarimu, kuris iš tikrųjų kyla tarp teisininkų. Jis galioja tiems teisininkams ir teisėjams, kurie nesutaria dėl istorinių ar socialinių faktų, dėl to, kokius žodžius reikia rasti kokio nors įstatymo tekste arba kokie buvo faktai kokiame nors precedentiniame teisminiame sprendime. Tačiau paprastai nesutarimas teisėje yra teorinis, o ne empirinis. Teisės filosofai, kurie mano, kad turi egzistuoti bendros normos, stengiasi paneigti teorinį nesutarimą. Jie sako, kad teisininkai ir teisėjai tik apsimetinėja arba kad jie nesutaria tik todėl, kad jų svarstoma byla patenka į kokią nors pilką bendrųjų normų ar paribio sritį. Kiekvienu atveju (sako jie) mes elgiamės geriau, jei ignoruojame žodžius, kuriuos vartoja teisėjai, ir traktuojame juos kaip nesutariančius dėl ištikimybės [teisei] ir pataisymo *(repair),* o ne dėl teisės. Čia glūdi geluonis: mes esame paženklinti kaip jo taikiniai pernelyg primityvaus vaizdinio to, kas yra nesutarimas arba koks jis turi būti.

ĮSIVAIZDUOJAMAS PAVYZDYS

Interpretacinė nuostata

Šis pavaizdavimas to, kas daro įmanomą nesutarimą, ko gero, yra pernelyg primityvus suvokti bet kokiam nesutarimui, net nesutarimui dėl knygų. Tačiau aš tik įrodinėsiu, kad jis nėra pakankamas ir, konkrečiai, kad jis negalioja kai kuriomis svarbiomis aplinkybėmis, įskaitant teorinį ginčą teisėje. Jis negalioja, kai konkrečių bendruomenių nariai, saistomi bendrų veiklos ir tradicijų, teikia teiginius apie geriausią tos veiklos ir tradicijų interpretaciją ir dėl jų diskutuoja – t. y. kai nesutaria dėl to, ko kokia nors tradicija ar veikla iš tiesų reikalauja konkrečiomis aplinkybėmis. Šie teiginiai dažnai yra kontroversiški, o nesutarimas yra tikras, nors žmonės naudoja skirtingus kriterijus, kurdami ar formuluodami tas interpretacijas; jis yra tikras, nes konkuruojančios interpretacijos yra nukreiptos į tuos pačius objektus ar interpreta-

cijos įvykius. Aš pamėginsiu parodyti, kaip šis modelis mums padeda nuodugniau suprasti teisinį argumentą ir aiškiau suvokti teisės vaidmenį platesnėje kultūroje. Tačiau pirma bus pravartu pasižiūrėti, kaip šis modelis galioja kur kas paprastesnei institucijai.

Įsivaizduokime tokią išgalvotos bendruomenės istoriją. Tam tikromis numatytomis socialinėmis aplinkybėmis jos nariai vadovaujasi kompleksu normų, kurias jie vadina „pagarbumo *(courtesy)* taisyklėmis". Pavyzdžiui, jie sako: „pagarbumas reikalauja, kad kaimiečiai nukeltų skrybėlę prieš kilmingąjį", ir jie skatina ir pritaria kitoms šios rūšies propozicijoms. Kol kas ši elgsena turi tabu charakterį: taisyklės tiesiog yra ir jos nei kvestionuojamos, nei varijuoja. Tačiau vėliau, galbūt iš lėto, visa tai pakinta. Visi išsiugdo sudėtingą „interpretacinę" nuostatą taisyklių atžvilgiu, nuostatą, kuri turi du komponentus. Pirmasis yra prielaida, kad pagarbi elgsena ne tiesiog egzistuoja, bet turi vertę, ir kad ji tarnauja kokiam nors interesui ar tikslui ar įgyvendina tam tikrą principą – žodžiu, kad ji turi kokią nors prasmę, kuri gali būti nusakyta nepriklausomai nuo paprasto taisyklių, kurios sudaro elgsenos pagrindą, aprašymo. Antrasis komponentas yra tolesnė prielaida, kad pagarbumo reikalavimai – elgesys, kurio jis reikalauja, arba sprendiniai, kuriuos jis įtvirtina, – nebūtinai yra – ir nėra vien tik – tai, kuo jie visuomet buvo laikomi, o yra jautrūs pagarbumo tikslui, todėl griežtos normos turi būti suprantamos arba taikomos, arba išplečiamos, arba modifikuojamos, arba papildomos, arba apribojamos to tikslo atžvilgiu. Kai ši interpretacinė nuostata įsigali, pagarbumo institucija liaujasi būti mechaniška; tai jau nebėra natūralus pagarbumas runų tvarkai. Dabar žmonės mėgina priskirti institucijai *prasmę* – regėti ją palankiausioje šviesoje – ir tada restruktūruoti ją vadovaujantis ta prasme.

Šie du interpretacinės nuostatos komponentai yra nepriklausomi vienas nuo kito; galime laikytis pirmojo nuostatos komponento kokios nors institucijos atžvilgiu, nesilaikydami sykiu ir antro. Taip darome žaidimų ir konkursų atveju. Apeliuojame į šių elgsenų tikslą, įrodinėdami, kaip jų normos turėtų būti pakeistos, tačiau šitaip neįrodinėjame, kokios jų normos yra dabar (išskyrus kai kuriuos labai ypa-

tingus atvejus)[1]; tai yra įtvirtinusi istorija ir konvencija. Todėl žaidimuose ir varžybose interpretacija vaidina tik išorinį vaidmenį. Tačiau mano pasakojamai istorijai apie pagarbumą lemiamą reikšmę turi tai, kad pagarbumo besilaikantys piliečiai laikosi ir antrojo laikysenos komponento lygiai kaip pirmojo; jiems interpretacija yra tai, kas įgalina nuspręsti ne tik tai, kodėl pagarbumas egzistuoja, bet taip pat – ko, deramai suprastas, jis dabar reikalauja. Vertybė ir turinys yra susilydę.

Kaip pagarbumas kinta

Tarkime, kad iki interpretacinei nuostatai įsigalint savo abiem komponentais, visi taria, kad pagarbumo prasmė glūdi jo teikiamoje galimybėje būti pagarbiam socialiai aukštesniems. Klausimo, ar tradicinės pagarbos formos iš tikrųjų yra tos, kurių reikalauja ta elgsena, nekyla. Šios formos tiesiog *yra* paklusimo formos ir vienintelė alternatyva yra prisitaikyti arba maištauti. Tačiau kai susiklosto visa interpretacinė nuostata, ši tariama prasmė įgyja kritinę galią, ir žmonės, apeliuodami į pagarbumą, pradeda reikalauti anksčiau nežinotų paklusimo formų arba ima niekinti iki tol gerbiamas formas, arba atsisako jų laikytis be jokios maištavimo intencijos, teigdami, kad tikrai pagarbai geriau pasitarnaujama darant tai, ką jie daro, negu darant tai, ką kiti darė. Interpretacija grįžta į elgseną, pakeisdama jos pavidalą, ir šis naujas pavidalas įgalina tolesnę reinterpretaciją, taigi elgsena pasikeičia dramatiškai, nors kiekvienas žingsnis šiame progrese interpretuoja tai, ką pasiekė ankstesnis.

Pavyzdžiui, žmonių pažiūros apie tikruosius pagarbos pagrindus gali kisti priklausomai nuo statuso ir amžiaus arba lyties, ar kokios kitos savybės. Tuomet vienu periodu pagarba labiausiai naudinga būtų socialiai aukštesniesiems, kitu – vyresniems žmonėms, trečiu – moterims ir t. t. Arba gali keistis nuomonės apie pagarbos esmę ar kokybę, pradedant pažiūra, kad pagarbą konstituoja išoriškas elgesys *(show)*, ir baigiant pažiūra, kad pagarba yra tik jausmų dalykas. Arba nuomonės gali keistis priklausomai nuo kitos dimensijos, dėl to, ar pagarba turi kokią nors vertę, kai jis yra adresuojamas grupėms arba

natūralioms savybėms, o ne individams dėl individualių nuopelnų. Jeigu pirmosios rūšies pagarba jau nebeatrodo svarbi ar netgi atrodo neteisinga, tai taps būtina kitokia elgsenos interpretacija. Žmonės pagarbumo prasmę ims suprasti kaip kone priešingą pradiniam tikslui, įžvelgs ją socialinio santykio neasmeniškų formų vertėje, formų, kurios dėl savo nepersonalumo nei reikalauja kokio nors didesnio reikšmingumo, nei neigia jį. Pagarbumas tuomet užims kitokią ir sumenkusią vietą socialiniame gyvenime, o šios istorijos pabaiga jau aiški: interpretacinė laikysena nunyks ir elgsena grįš į statišką ir mechanišką būklę, kuria ji prasidėjo.

PIRMAS ŽVILGSNIS Į INTERPRETACIJĄ

Tai – žvilgsnis iš paukščio skrydžio, iš istorijos perspektyvos, parodančios, kaip pagarbumo tradicija kinta per laiką. Dabar transformacijos dinamiką turime apsvarstyti iš arčiau, stebėdami tuos sprendinius, sprendimus ir argumentus, kurie produkuoja kiekvieno individo reakciją į tradiciją, reakcijas, kurios kolektyviai, per ilgą laiką, produkuoja stambias permainas, kurias mes pažymėjome pirmiausia. Mums reikia kokio nors paaiškinimo to, kaip laikysena, kurią aš vadinu interpretacine, veikia iš vidaus, iš interpretuotojų požiūrio taško. Nelaimei, net preliminarus paaiškinimas bus kontroversiškas, nes jeigu bendruomenė apskritai naudoja interpretacines sąvokas, tai pati interpretacijos sąvoka bus viena iš jų: interpretacijos teorija yra interpretacinių sąvokų naudojimo aukštesnio lygmens praktikos interpretacija. (Taigi bet koks adekvatus interpretacijos paaiškinimas turi galioti pats sau.) Šiame skyriuje aš siūlau teorinį paaiškinimą, specialiai sumanytą paaiškinti socialinių elgsenų ir struktūrų, tokių kaip pagarbumas, interpretavimui, ir aš ginu šį aiškinimą nuo kai kurių fundamentalių ir iš pažiūros stiprių priešTaravimų. Bijau, kad ši diskusija nukreips mus toli nuo teisės, į ginčus dėl interpretacijos, kuriais užsiima daugiausiai literatūros tyrėjai, socialinių mokslų atstovai ir filosofai. Tačiau jeigu teisė yra interpretacinė sąvoka, bet kokia jurisprudencija, verta šio vardo, turi būti pagrįsta kokia nors

pažiūra, aiškinančia, kas yra interpretacija, ir interpretacijos analizė, kurią konstruoju ir ginu šiame skyriuje, yra likusios knygos dalies pamatas. Šis ekskursas yra esminės reikšmės.

Socialinės elgsenos interpretavimas tėra viena interpretacijos forma ar atvejis. Žmonės interpretuoja remdamiesi daugeliu skirtingų kontekstų, ir pradžioje turime pamėginti įgyti nors kokį supratimą, kuo šie kontekstai skiriasi. Pati įprasčiausia interpretacijos situacija – tokia įprasta, jog mes vargiai pripažįstame, kad tai interpretacijos situacija, – yra pokalbis. Mes interpretuojame garsus ar ženklas, kuriuos kuria kitas asmuo, kad nuspręstume, ką jis pasakė. Vadinamoji mokslinė interpretacija yra kitas kontekstas: mes sakome, kad mokslininkas pirma renka duomenis, o tada juos interpretuoja. Meno interpretacija yra dar kitas kontekstas: kritikai interpretuoja eilėraščius, dramas ir paveikslus, turėdami tikslą pagrįsti kokį nors požiūrį į kūrinių reikšmę, temą ar intenciją *(point)*. Interpretacijos forma, kurią mes studijuojame – socialinės elgsenos interpretacija, – yra panaši į meno interpretaciją štai kokiu atžvilgiu: tai, kas yra sukurta žmonių, abi siekia interpretuoti kaip dalyką, esantį atskirai nuo jų, o ne kaip tai, ką žmonės sako, kaip pokalbio interpretacijoje, arba kaip įvykius, nesukurtus žmonių, kaip mokslinėje interpretacijoje. Šis panašumas tarp meno interpretacijos ir socialinės elgsenos interpretacijos bus mano argumentacijos atrama; jas abi vadinsiu „kūrybinės" interpretacijos formomis, kad atskirčiau jas nuo pokalbio ir mokslinės interpretacijos.

Pokalbio interpretacija yra nukreipta į tikslą, o ne priežastinė kokiu nors labiau mechanišku būdu. Ji nesiekia paaiškinti kieno nors skleidžiamus garsus tokiu būdu, kuriuo biologas aiškina varlės kvarkimą. Ji priskiria reikšmę atsižvelgdama į motyvus, tikslus ir rūpimus dalykus, kuriuos interpretuotojas taria turint kalbėtoją, ir ji praneša savo išvadas kaip teiginius apie jo „intenciją" sakyti tai, ką jis pasakė. Ar galėtume pasakyti, kad visos interpretacijos formos šitaip siekia tikslinio paaiškinimo ir kad šis tikslas skiria interpretaciją, kaip paaiškinimo tipą, nuo priežastinio paaiškinimo bendresne prasme? Šis aprašymas iš pirmo žvilgsnio neatrodo galimas taikyti mokslinei interpretacijai, ir jeigu mums patraukli idėja, kad visa tikra interpre-

tacija yra tikslinė, galime jaustis priversti sakyti, jog mokslinė interpretacija iš tikrųjų apskritai nėra interpretacija. Frazė „mokslinė interpretacija", – galėtume sakyti, – yra tik metafora, duomenų, „kalbančių" mokslininkui taip, kaip vienas asmuo kalba kitam asmeniui, metafora; nusako piešia mokslininką kaip besistengiantį suprasti, ką duomenys mėgina jam pasakyti. Pašalinti šią metaforą ir kalbėti tiksliai mes galime tik eliminavę tikslo idėją iš mūsų galutinio mokslinio proceso aprašymo, – galėtume galvoti mes.

Tad ar ir kūrybinė interpretacija tėra metaforinis interpretacijos atvejis? Mes galėtume pasakyti (jei dar kartą pasitelktume tą pačią metaforą), kad kai kalbame apie eilėraščių ar socialinių elgsenų interpretavimą, įsivaizduojame, kad šios mums kalba, kad jos nori mums kažką pasakyti būtent taip, kaip tai galėtų padaryti asmuo. Tačiau mes negalime tuomet pašalinti metaforos, – kaip galime mokslo atveju, – paaiškindami, kad mes iš tikrųjų turime galvoje paprastą priežastinį paaiškinimą ir kad tikslo ir reikšmės metafora tėra dekoracija. Mat socialinių elgsenų ir meno kūrinių interpretacijai *esmiškai* rūpi tikslai, o ne vien priežastys. Interpretuodami savo elgseną, pagarbumo besilaikantys piliečiai nesiekia rasti įvairių ekonominių arba psichologinių, arba fiziologinių savo sutampančio elgesio determinančių. Taip pat ir kritikas nesiekia fiziologiškai paaiškinti, kaip eilėraštis buvo parašytas. Taigi mes turime rasti kokį nors būdą pakeisti elgsenų ir paveikslų, kalbančių savo balsais, metaforą, būdą, kuris pripažintų fundamentalią tikslo vietą kūrybinėje interpretacijoje.

Vienas sprendimas yra labai populiarus. Jis pašalina eilėraščių ir mums kalbančių paveikslų metaforą, teigdamas, kad kūrybinė interpretacija tėra ypatingas pokalbio interpretacijos atvejis. Mes klausomės ne pačių meno kūrinių, kaip sugestijuoja metafora, o jų tikrųjų autorių – žmonių. Kūrybinė interpretacija siekia dešifruoti autoriaus tikslus ar intencijas, skatinusius jį rašyti konkretų romaną ar laikytis tam tikros socialinės tradicijos, lygiai kaip pokalbyje mes siekiame suvokti draugo intencijas, skatinančias jį sakyti tai, ką jis sako.[2] Aš ginsiu kitokį sprendimą: kūrybinė interpretacija yra ne konversacinė, o *konstruktyvinė*. Meno kūrinių ir socialinių elgsenų interpre-

tacijai, kaip argumentuosiu, iš tiesų iš esmės rūpi tikslas, o ne priežastis. Tačiau tikslai, apie kuriuos čia kalbama, yra (fundamentaliai imant) ne kokio nors autoriaus tikslai, o interpretuotojo tikslai. Schemiškai kalbant, konstruktyvinė interpretacija yra tikslo priskyrimo objektui ar elgsenai dalykas siekiant paversti jį ar ją įmanomai geriausiu formos ar žanro, kuriam jį manoma priklausant, pavyzdžiu. Iš to neplaukia, – net iš šio schemiško nusakymo, – kad iš elgsenos ar kūrinio interpretuotojas gali padaryti viską, ką nori, ir kad, pavyzdžiui, pagarbusis pilietis, kuris yra susižavėjęs lygybės idėja, gali geraviliškai teigti, jog iš tiesų pagarbumas reikalauja dalytis gėrybėmis. Mat elgsenos ar objekto istorija ar pavidalas riboja jos ar jo interpretacijos galimybes, nors, kaip matysime, to suvaržymo pobūdis reikalauja kruopštaus aiškinimosi. Kūrybinė interpretacija, konstruktyviniu požiūriu, yra sąveikos tarp tikslo ir objekto dalykas.

Anot šio požiūrio, dalyvis, interpretuojantis socialinę elgseną, teigia elgsenos vertę, nusakydamas kokią nors interesų, tikslų ar principų schemą, kuriems ta elgsena, galima manyti, tarnauja, ir kuriuos ją galima manyti išreiškiant ar patvirtinant. Labai dažnai – galbūt tai net įprasta – neapdoroti poelgių duomenys, iliustruojantys elgseną – ką kokiomis aplinkybėmis žmonės daro – bus nepakankami vertės priskyrimui determinuoti: kitaip tariant, tie duomenys derės su skirtingais ir konkuruojančiais priskyrimais. Vienas asmuo pagarbumo elgsenoje gali įžvelgti priemonę užtikrinti, kad būtų gerbiami tie, kurie yra nusipelnę pagarbos dėl socialinės padėties ar kokio kito statuso. Kitas gali įžvelgti – vienodai ryškiai – priemonę socialinius mainus padaryti konvenciškesnius, kad *sumažėtų* diferencinių pagarbos sprendinių pastebimumas. Jeigu neapdoroti duomenys nesuteikia galimybės pasirinkti kurią nors vieną iš šių konkuruojančių interpretacijų, kiekvieno interpretuotojo pasirinkimas turi atspindėti jo paties pažiūrą į tai, kuri interpretacija elgsenai teikia didžiausią vertę – kuri parodo ją palankesnėje šviesoje, į viską atsižvelgiant.

Šį konstruktyvinį aiškinimą aš teikiu kaip tik kūrybinės interpretacijos analizę. Tačiau prabėgomis turime nurodyti, kaip konstruktyvinis paaiškinimas galėtų būti išplėtotas, kad tiktų kitiems dviem mano

paminėtiems interpretacijos kontekstams ir taip parodytų gilią sąsają tarp visų interpretacijos formų. Kito asmens kalbėjimo supratimas reikalauja panaudoti priemones ir prielaidas, tokius kaip vadinamasis geraširdiškumo *(charity)* principas, kurie normaliomis aplinkybėmis turi tą efektą, jog iš to, ką tas asmuo sako, padaro geriausią komunikacijos atliktį, kokia tik gali būti[3]. Tuo tarpu duomenų interpretacija moksle smarkiai remiasi teorijos konstravimo standartais, tokiais kaip paprastumas, elegancija ir verifikuojamumas, kurie atspindi galimas ginčyti ir kintančias prielaidas apie aiškinimo *(explanation)* paradigmas, t. y. apie tai, kokie bruožai vieną aiškinimo formą daro pranašesnę už kitą.[4] Todėl konstruktyvinis kūrybinės interpretacijos paaiškinimas galbūt galėtų pateikti bendresnį interpretacijos visomis jos formomis paaiškinimą. Mes tuomet sakytume, kad visokia interpretacija savo objektą, kuris jai yra kokio nors presuponuojamo projekto pavyzdys, stengiasi padaryti įmanomai geresnį, ir ta interpretacija įgyja skirtingas formas skirtinguose kontekstuose tik todėl, kad skirtingi projektai yra susiję su skirtingais vertės ar sėkmės kriterijais. Sakytume, jog meninė interpretacija skiriasi nuo mokslinės tik todėl, kad meno kūrinių sėkmę mes vertiname pagal standartus, skirtingus nuo tų, kuriuos naudojame vertinti fizikos reiškinių aiškinimams.

INTERPRETACIJA IR AUTORIAUS INTENCIJA

Tačiau konstruktyvinis interpretacijos paaiškinimas daugeliui skaitytojų atrodys keistas, net jeigu jis apsiriboja kūrybine interpretacija arba dar siauresne socialinių elgsenų, tokių kaip pagarbumas, interpretacija. Jie prieštaraus, nes pirmenybę teikia minėtajam populiariam kūrybinės interpretacijos paaiškinimui: kūrybinė interpretacija tėra pokalbio interpretacija, adresuota autoriui. Štai reprezentatyvus jų priekaišto persakymas. „Be abejonės, žmonės gali teikti tokius teiginius, kuriuos, anot Jūsų aprašymo, teikia pagarbumo besilaikantys piliečiai, nusakydami jiems bendras socialines elgsenas; be abejo, jie gali siūlyti ir ginčyti nuomones apie tai, kaip šios elgsenos turi būti suprantamos ir tęsiamos. Tačiau didžiai klaidinga yra vadinti tai

interpretacija arba sugestijuoti, kad tai kokiu nors būdu suteikia prasmę *pačiai* praktikai. Šitai yra didžiai apgaulinga dvejopa prasme. Pirma, interpretuoti – reiškia mėginti ką nors tam tikru ir ypatingu būdu suprasti – pavyzdžiui, teiginį, gestą, tekstą, eilėraštį arba paveikslą. Tai reiškia – mėginti atskleisti autoriaus motyvus ar intencijas, skatinusias kalbėti, veikti, rašyti ar tapyti taip, kaip jis tai darė. Taigi interpretuoti socialinę elgseną, pavyzdžiui, Jūsiškę pagarbumo elgseną, – tegali reikšti štai ką: nustatyti jos narių intencijas, kiekvieno pavieniui. Antra, savo objektą – svarstomąjį elgesį arba eilėraštį, arba paveikslą, arba tekstą – interpretacija mėgina reprezentuoti *tiksliai,* tokį, koks jis yra iš tikrųjų, o ne – kaip jūs sugestijuojate – regėti jį per rausvus akinius arba palankiausioje šviesoje. Tai reiškia atkurti *(retrieving)* tikrąsias, istorines jo autorių intencijas, o ne primesti interpretuotojo vertybes tam, ką tie autoriai sukūrė".

Šį prieštaravimą atremsiu etapais, tad gal bus pravarti toliau pateikiama išankstinė mano argumentacijos apžvalga, kad ir neišvengiamai kondensuota. Pirma, aš tvirtinsiu, kad net jeigu meno interpretacijos tikslu laikome autoriaus intencijos atkūrimą, kaip rekomenduoja tas prieštaravimas, negalime išvengti konstruktyvinės interpretacijos strategijų, kurias tas prieštaravimas atmeta, naudojimo. Mes negalime išvengti pastangos iš meninio objekto padaryti geriausia, kuo jis, mūsų manymu, gali būti. Paskiau pamėginsiu parodyti, kad jeigu meno interpretacijos tikslu laikome autoriaus intencijos atskleidimą, šitai būtinai yra konstruktyvinės interpretacijos metodų taikymo tam menui *pasekmė,* o ne tų metodų atmetimo rezultatas. Pagaliau aš įrodinėsiu, kad paprasti pokalbio interpretacijos metodai, kai interpretuotojas siekia atskleisti kito asmens intencijas ar reikšmes, kiekvienu atveju bus netinkami socialinės elgsenos interpretacijai, kaip antai pagarbumo interpretacijai, nes tokios elgsenos struktūrai esminga tai, kad tos elgsenos interpretavimas būtų traktuojamas kaip skirtingas dalykas nei supratimas to, ką kiti dalyviai turi galvoje, kai teikia teiginius tos elgsenos procese. Iš to plaukia, kad visuomenės tyrėjas turi būti socialinės elgsenos dalyvis, jeigu viliasi ją suprasti kaip skirtingą dalyką nei suprasti jos narius.

MENAS IR INTENCIJOS PRIGIMTIS

Ar meno interpretacija būtinai reikia atskleisti kokio nors autoriaus intencijas? Ar autoriaus intencijų atskleidimas yra faktais besiremiantis procesas, nepriklausomas nuo paties interpretatoriaus vertybių? Pradėsime nuo pirmojo iš šių klausimų, pateikdami atsargų teiginį. Meno interpretacija nėra tiesiog autoriaus intencijų atkūrimas, jeigu „intenciją" suprantame kaip reiškiančią sąmoningą mentalinę būklę; ne – jei mes laikome šį teiginį reiškiant, kad meno interpretacija visuomet yra nukreipta į kokios nors konkrečios sąmoningos minties, kontroliavusios autoriaus protą, kai jis sakė ar rašė ar darė tai, ką jis padarė, identifikavimą. Intencija visuomet yra sudėtingesnis ir problemiškesnis dalykas. Todėl mes turime performuluoti savo pirmąjį klausimą. Jeigu kas nors nori suprasti meno interpretaciją kaip autoriaus intencijos atkūrimo dalyką, kaip jis turi suprasti „intenciją"? Šis peržiūrėtas pirmasis klausimas pakeis antrąjį. Ar iš tiesų esama tokio ryškaus skirtumo, kaip taria minėtas prieštaravimas, tarp menininko intencijos atskleidimo ir to, ką jis sukūrė, vertės įžvalgos?

Pirmiausia turime pažymėti esminės svarbos Gadamerio argumentą, kad interpetacija turi *taikyti* intenciją.[5] Paaiškinti galėtume teatro pavyzdžiu. Tas, kuris šiandien stato *Venecijos pirklį (The Merchant of Venice)*, turi rasti tokią Šailoko koncepciją, kuri šiandieniniams žiūrovams sukeltų sudėtingą jausmą, kurį žydo figūra kėlė Shakespeare'ui ir jo žiūrovams, taigi jo interpretacija turi kokiu nors būdu sujungti du „sąmonės" periodus, Shakespeare'o intencijas perkeldama į labai skirtingą kultūrą labai skirtingos istorijos pabaigoje.[6] Jeigu jam tai pasiseka, jo požiūris į Šailoką greičiausiai labai skirsis nuo konkrečios Shakespeare'o to veikėjo vizijos. Tas perskaitymas gali būti kai kuriais atžvilgiais priešingas, pavyzdžiui, vietoj paniekos ar ironijos atsirasti simpatija, arba jis gali pakeisti akcentus, galbūt Šailoko santykį su Džesika matydamas kaip daug svarbesnį, nei jį būtų galėjęs matyti Shakespeare'as kaip režisierius.[7] Kitaip tariant, meninė intencija yra sudėtinga ir struktūruota: skirtingi intencijos aspektai ar lygmenys gali konfliktuoti štai kokiu būdu. Ištikimybė

Shakespeare'o atskiroms ir konkrečioms nuomonėms apie Šailoką, ignoruojanti efektą, kurį jo to veikėjo vizija turėtų šiuolaikiniam žiūrovui, gali būti jo abstraktesnio meninio tikslo išdavystė.[8] O to abstraktaus tikslo „pritaikymas" mūsų situacijai yra toli gražu ne neutrali istorinė būtosios mentalinės būklės rekonstravimo procedūra. Ta procedūra neišvengiamai aktyvuoja paties interpretuotojo nuostatas meno klausimu būtent tuo būdu, kurį sugestijuoja konstruktyvinis kūrybinės interpretacijos paaiškinimas, nes ja siekiama teksto, kuris turimas prieš akis, pagrindu atrasti geriausias priemones išreikšti plačioms meninėms ambicijoms, kurios – nors Shakespeare'as jų niekuomet nedeklaravo ar netgi niekuomet sąmoningai neapibrėžė – mums paaiškėja iškėlus klausimą, kuo jo parašytoji pjesė galėjo būti aiškiausia ar turėti stipriausią poveikį jo amžiui.

Stanley Cavellas viską dar labiau komplikuoja, parodydamas, kaip net konkrečios, detalizuotos menininko intencijos gali būti problemiškos.[9] Jis pažymi, kad veikėjas Fellini'o filme *La Strada* gali būti suprantamas kaip nuoroda į Filomelio legendą, ir klausia, ką mes turime žinoti apie Fellini'į, kad sakytume, jog ta nuoroda buvo intencionali (arba – o tai ne tas pat – nebuvo neintencionali). Jis įsivaizduoja pokalbį su Fellini'u, kuriame filmo kūrėjas sako, kad nors jis niekuomet iki tol nebuvo girdėjęs tos istorijos, ji perteikia jausmą, kurį jis jautė savo veikėjui filmuodamas, t. y. kad jis *dabar* priima tai kaip filmo, kurį jis sukūrė, [prasmės] dalį. Cavellas sako, kad jis tokiomis aplinkybėmis yra linkęs traktuoti tą nuorodą kaip intencionalią. Cavello analizė mums yra svarbi ne dėl to, kad dabar viskas priklauso nuo to, ar ji yra teisinga savo detalėmis, o dėl to, kad ji sugestijuoja visiškai kitokią intencijos sampratą nei primityvi sąmoningos-mentalinės-būsenos koncepcija. Anot šio požiūrio, įžvalga priklauso menininko intencijai, kai ji dera su jo meniniais tikslais ir nušviečia juos tokiu būdu, kurį jis pripažintų ir kuriam pritartų, net jei jis to iki tol nėra padaręs. (Taigi įsivaizduojamo pokalbio testas gali būti taikomas autoriams, kurie jau seniai mirę, – jis turi būti jiems taikomas, jei nori turėti generalinę kritinę vertę.) Taip interpretuotojo supratimas apie meninę vertę dalyvauja jo menininko intencijos re-

konstrukcijoje bent jau kaip apeliacija į pagrįstumą *(in an evidential way)*, nes interpretuotojo sprendimą, kam autorius būtų pritaręs, lems jo suvokimas, ką autorius būtų turėjęs pritarti, t. y. jo suvokimas, kurie perskaitymai kūrinį padarys geresnį, o kurie – blogesnį.

Įsivaizduojamo pokalbio su Fellini'u pradžioje Cavellas pareiškia nuomonę, jog aptariamasis filmas atrodo geresnis, jeigu jį perskaitome kaip implikuojantį nuorodą į Filomelį, ir taria, jog būtų buvę galima įtikinti Fellini'į pritarti šiam požiūriui, taigi – jog Fellini būtų *norėjęs*, kad filmas būtų interpretuojamas taip, ir supratęs, kad tokios intencijos priskyrimas geriau atskleidžia jo ambicijas. Dauguma tikėtinų priežasčių, dėl kurių Cavellas taip mano, yra priežastys, dėl kurių jis teikia pirmenybę savo interpretacijai. Aš nenoriu pasakyti, esą meninė intencija jam reikalinga tam tikros apgaulės sumetimais, – kad tai užmaskuota forma, kuria interpretuotojas perteikia savo paties pažiūras. Mat įsivaizduojamasis pokalbis atlieka svarbų negatyvų vaidmenį: tam tikromis aplinkybėmis interpretuotojas turėtų gerą pagrindą tarti, kad menininkas atmestų skaitymą, kuris patrauklus interpretuotojui. Be to, aš nemanau, jog mes turime pritarti bendrąjam teiginiui, kad interpretacija yra konkretaus autoriaus intencijos atkūrimas ar rekonstravimas, jeigu jau atmetame primityvų sąmoningos-mentalinės-būklės postulatą apie intenciją. Dabar daugelis kritikų atmeta šį bendrą teiginį net dar subtilesne jo forma, ir kitame skirsnyje mes turėsime apsvarstyti, kaip dera suprasti šį tebesitęsiantį ginčą. Dabar pabrėšiu tik tai, kad kai autoriaus-intencijos teiginys tampa interpretacijos metodu ar stiliumi, jis pats aktyvuoja interpretuotojo meninius įsitikinimus: šie dažnai bus lemiami nustatant, kokia, anot to interpretuotojo, iš tikrųjų yra meninė intencija savo išplėtotu pavidalu.

Jei norėtume, remdamiesi Cavello aiškinimu galėtume sukonstruoti naują aprašymą to, ką mano įsivaizduojamos mandagumo bendruomenės piliečiai daro, interpretuodami savo socialinę elgseną, – paaiškinimą, kuris būtų galėjęs pasirodyti beprasmiškas iki šio aptarimo. Mes galėtume sakyti, jog kiekvienas pilietis mėgina atskleisti savo paties intenciją, skatinančią išlaikyti tą elgseną ir joje dalyvauti – ne savo mentalinės būsenos, išgyventos pastarąjį kartą nukeliant sa-

vo kepurę prieš moterį, atkūrimo prasme, o savo elgesio tikslinio paaiškinimo suradimo prasme, paaiškinimo, kurį sau priskirdamas jis gerai jaučiasi. Šis naujas socialinės interpretacijos kaip pokalbio su savimi aprašymas, kaip viename asmenyje sutampančio autoriaus ir kritiko, sugestijuoja pripažinimo šoko svarbą socialinėje interpretacijoje, šoko, kuris vaidina tokį svarbų vaidmenį Cavello įsivaizduojamuose pokalbiuose su menininkais. („Taip, šitai paaiškina tai, ką aš darau nukeldamas savo skrybėlę; tai atitinka mano suvokimą to, kada tai daryti būtų neteisinga, suvokimą, kurio nepajėgiau nusakyti, bet dabar galiu". Arba: „Ne, šitai nieko nepaaiškina".) Antraip nauja deskripcija nieko nepriduria prie mano pradinės deskripcijos, kuri pasirodys naudinga. Ji tik parodo, kad intencijos kalba ir – bent jau iš dalies – idėja, jog interpretacija yra intencijos dalykas, socialinei interpretacijai yra prieinama lygiai taip pat kaip meninei interpretacijai, jeigu mes to norime. Intencijos idėjoje nėra nieko, kas būtinai atskiria tuos du kūrybinės interpretacijos tipus.

Tačiau dabar mes prieiname svarbesnį momentą: toje idėjoje esama kažko, kas tuos du tipus būtinai sieja. Mat net jeigu mes atmetame tezę, kad kūrybinė interpretacija yra nukreipta į kokios nors istorinės intencijos atskleidimą, intencijos sąvoka vis vien teikia *formalią* struktūrą visiems interpretaciniams teiginiams. Aš turiu galvoje tai, jog interpretacija iš esmės yra tikslo pranešimas; ji siūlo to, kas interpretuojama, matymo būdą – socialinės elgsenos arba tradicijos, lygiai kaip teksto ar tapybos – tarsi tai būtų sprendimo laikytis vieno temų, vizijų ar tikslų komplekso, vieno „siekio"*(point),* o ne kito, produktas. Ši struktūra privaloma interpretacijai, net kai medžiaga, kurią reikia interpretuoti, yra socialinė elgsena, net kai nėra istorinio autoriaus, kurio istorinis mentalitetas *(mind)* būtų tai, ką gali perprasti. Pagarbumo interpretacija mūsų įsivaizduojamoje istorijoje bus neatsiejama nuo intencijos klausimo, net jei intencijos negalima priskirti kam nors konkrečiai ar net žmonėms apskritai. Šis struktūrinis reikalavimas, jį laikant nepriklausomą nuo bet kokio tolesnio reikalavimo, interpretaciją siejančio su konkretaus autoriaus intencija, teikia įspūdingą iššūkį, kuris bus mūsų objektas vėliau, daugiau-

sia 6-ame skyriuje. Kokio tikslo – anapus siekio atkurti kokią nors tikrą istorinę intenciją – galėtų siekti formaliosios tikslo struktūros teigimas aiškinant tekstus ar teisines institucijas?

Intencija ir meno vertė

Ką tik pasakiau, kad autoriaus intencija besiremiantis meno interpretacijos metodas yra ginčijamas net jo pačia įtikinamiausia forma. Daugelis kritikų įrodinėja, kad literatūrinė interpretacija turėtų būti jautri, pavyzdžiui, tiems literatūros aspektams, kurie daro emocinį poveikį skaitytojams, arba tam, kaip jos kalba išsisuka iš bet kokios redukcijos į vieną atskirą reikšmių grupę, arba jos kuriamai dialogo tarp menininko ir auditorijos galimybei, – nesvarbu, ar tai yra autoriaus intencijos dalis, net ta sudėtinga prasme, kurią mes išskyrėme. Ir net tie, kurie reikalauja, kad menininko intencija būtų lemiama sprendžiant, koks kūrinys yra „iš tikrųjų", nesutaria, kaip ta intencija turėtų būti rekonstruojama. Šie įvairūs nesutarimai dėl intencijos mums yra svarbūs ne dėl to, kad mes turime užimti poziciją ginče, – tai čia nėra būtina, – bet dėl to, kad mes turėtume pamėginti suprasti argumento pobūdį, tai, dėl ko iš tiesų čia nesutariama.

Štai vienas atsakymas į šį klausimą. Meno kūriniai mums prezentuojasi kaip turintys – ar bent jau pretenduojantys į – ypatingos rūšies vertę, kurią mes vadiname estetine: šis prezentacijos būdas yra pačios meninės tradicijos idėjos dalis. Tačiau klausimas, kas sudaro tą vertę ir kokiu mastu ji yra realizuota, visuomet tam tikru mastu lieka atviras, ypač bendroje kritinėje tradicijoje, kurią vadiname „modernistine". Vyraujantys interpretacijos stiliai yra bendri atsakymai į tą atvirą klausimą ar bent jau presuponuoja tokius atsakymus. Taigi aš sugestijuoju, kad akademinis argumentas apie autoriaus intenciją turėtų būti suprantamas kaip ypatingai abstraktus ir teorinis argumentas apie tai, kas sudaro meno vertę. Taip šis argumentas atlieka savo vaidmenį drauge su konkretesniais ir vertingesniais argumentais, labiau nukreiptais į konkrečius objektus, plataus masto veiklose, kurios teikia mums estetinę patirtį.

Toks debatų tarp kritikų supratimas paaiškina, kodėl kai kuriais literatūrinės veiklos periodais labiau domėtasi menininko intencija nei kitais: pirmųjų intelektualinė kultūra meno vertę glaudžiau sieja su meninės kūrybos procesu. Cavellas pažymi, kad „modernistiniame mene menininko intencijos klausimas [...] atlieka atviresnį vaidmenį mūsų jo kūrinių supratime negu ankstesnių periodų mene", ir kad „devynioliktajame ir dvidešimtajame amžiais poezijos kūrimas pasikeičia taip, kad intencijos klausimus [...] skaitytojui primeta pats eilėraštis".[10] Ši permaina atspindi tiems periodams būdingą tvirtėjimą romantinio įsitikinimo, jog meno vertė, jo įgyjama ir realizuojama konkrečiuose objektuose ir įvykiuose, yra vertė dėl to – ir tuomet – kad jis įkūnija individualų kūrybinį genijų, ir prisideda prie šio tvirtėjimo. Šios pažiūros į meno vertę dominavimas mūsų kultūroje paaiškina ne tik mūsų išskirtinį dėmesį intencijai ir nuoširdumui, bet ir daugelį kitų dalykų – pavyzdžiui, mūsų originalumo obsesiją. Taigi mūsų dominuojantis interpretacijos stilius dėmesį telkia į autoriaus intenciją, o tuo stiliumi plėtojami argumentai dėl to, kokia tiksliai yra meninė intencija, atspindi subtilesnio tono abejonę ir nesutarimą dėl kūrybinio genijaus charakterio, dėl to, kas sąmoninga, to, kas nesąmoninga, ir to, kas instinktyvu, jo kompozicijoje ir raiškoje. Kai kurie kritikai, kurių stilius ryškiau skiriasi nuo autoriaus intencija besiremiančiojo stiliaus, nes jie pabrėžia tradicijos ir tęstinumo vertes, tradicijos, kurioje autoriaus vieta nėra pastovi, tai tradicijai kuriantis, argumentuoja už retrospektyvinę interpretaciją, kuri geriausią jo kūrinio perskaitymą daro priklausomą nuo to, kas buvo parašyta amžiumi vėliau.[11] Dar radikalesni kvestionavimai, kurie tvirtina meno socialinių ir politinių pasekmių relevantiškumą, arba struktūralistinės ar dekonstrukcionistinės semantikos relevantiškumą, arba kalba apie naratyvą, konstruojamą tarp autoriaus ir skaitytojo, arba atrodo iš viso atmetą interpretacijos projektą, pasitelkia visiškai kitokias koncepcijas to, kas iš tikrųjų sudaro konceptualiai presuponuojamą meno vertę.

Tai pavojingai reduktyvus sudėtingos sąveikos tarp interpretacijos ir kitų kultūros aspektų paaiškinimas; aš tenoriu sugestijuoti, kaip ginčas dėl intencijos interpretacijoje, kai jį lokalizuojame platesnėje

socialinėje meno vertės moduso aiškinimosi praktikoje, pats įgyja abstraktesnį tikslą: jo siekiu tampa konstruktyvinė interpretacija, siekianti padaryti geriausia iš to, kas interpretuojama. Aš privalau būti atsargus, kad nebūčiau neteisingai suprastas. Aš neįrodinėju, kad autoriaus intencija besiremianti meninės interpretacijos teorija yra neteisinga (arba teisinga). Tačiau tai, ar ji yra neteisinga ar teisinga ir ką ji reiškia (tiek, kiek mes iš viso galime mąstyti apie šiuos dalykus remdamiesi mūsiškes kritikos tradicija), turi priklausyti nuo fundamentalesnės prielaidos pagrįstumo – kodėl meno kūriniai turi tą vertę, kurią presuponuoja jų prezentacija. Taip pat aš nemanau, kad kritikas, kuriam rūpi rekonstruoti Fellini'o intencijas kuriant *La Strada*, dirbdamas turi turėti omenyje kokią nors teoriją, kuri intenciją susieja su estetine verte: kritinė intencija, ne kitaip nei menininko intencija, nėra mentalinė būklė. Taip pat aš nenoriu pasakyti, kad jeigu, anot jo pranešimo, į tą intenciją įeina Filomelio perinterpretavimas, nors pats Fellinis to niekuomet nepripažino, jis turi būti įsisąmoninęs tai, kad jis turėjo galvoje mintį, jog perskaitytas šiuo būdu filmas atrodo geresnis. Aš tik noriu pasakyti, kad įprastinėmis kritikos aplinkybėmis mes turime būti pajėgūs jam priskirti kokį nors požiūrį taip, kaip mes paprastai žmonėms priskiriame įsitikinimus, jei norime suprasti jo teiginius kaip interpretacinius o ne, pavyzdžiui, išjuokiamuosius arba apgaulingus.[12] Aš neneigiu to, kas yra akivaizdu, – kad interpretuotojai mąsto laikydamiesi interpretacijos tradicijos, nuo kurios jie negali visiškai pabėgti. Interpretacinė situacija nėra Archimedo taškas, nėra ji ir tai, kuo ją įtaigauja esant idėja, jog interpretacija siekia, kad tai, kas interpretuojama, atrodytų įmanomai geriausiai. Aš dar kartą apeliuosiu į Gadamerį, kurio interpretacijos kaip istorijos varžtų pripažinimo, sykiu grumiantis su jais, samprata rodo teisinga linkme.[13]

INTENCIJOS IR ELGSENOS

Atsakydamas į prieštaravimą, kurį išdėsčiau šio aptarimo pradžioje, aš teigiu, kad meninė interpretacija mūsų kultūroje yra konstruktyvinė interpretacija. Platus klausimas, kokiu mastu geriausia meno kūrinio

interpretacija turi būti ištikima autoriaus intencijai, priklauso nuo konstruktyvinio klausimo, ar to reikalavimo akceptavimas įgalina interpretaciją iš meninio objekto ar patirties padaryti geriausia, kuo jis ar ji gali būti. Tie kurie mano, kad įgalina, nes, jų manymu, genijus yra meno nervas – ar dėl kokios kitos priežasties, turi pateikti detalesnius meninės vertės sprendinius spręsdami, kokia iš tikrųjų yra rūpimoji autoriaus intencija. Dabar turime apsvarstyti, kaip prieštaravimas galioja kitai konkrečiai kūrybinės interpretacijos formai, socialinių elgsenų ir struktūrų interpretacijai. Kaip toji interpretacijos forma gali siekti atskleisti ką nors tokio kaip autoriaus intencija? Mes pažymėjome vieną prasmę, kuria kas nors galėtų galvoti, kad ji gali tai daryti. Socialinės elgsenos narys galėtų galvoti, kad jo elgsenos interpretavimas reiškia jo paties intencijų atskleidimą mano aprašytąja prasme. Tačiau ši hipotezė nepalengvina gyvenimo prieštaraujantiesiems, nes minėtas prieštaravimas įrodinėja, kad interpretacija turi būti neutrali ir todėl interpretuotojas turi siekti atskleisti kieno nors *kito* motyvus ir tikslus. Kaip šią sugestiją galime suprasti socialinės interpretacijos kontekste?

Esama dviejų galimybių. Kas nors galėtų sakyti, kad socialinės elgsenos interpretacija reiškia kitų elgsenos dalyvių tikslų ar intencijų atskleidimą, pavyzdžiui, pagarbumo besilaikančių piliečių. Arba – kad ji reiškia bendruomenės, kurioje ta elgsena praktikuojama, tikslų atskleidimą, bendruomenės, kuri suvokiama kaip turinti kokią nors mentalinio gyvenimo formą arba grupinę sąmonę. Pirmoji iš šių sugestijų atrodo patrauklesnė, nes ji ne tokia paslaptinga. Tačiau jos galimybę pašalina vidinė argumentatyvinės socialinės elgsenos struktūra, nes tokių elgsenų bruožas yra tas, kad interpretacinis teiginys yra *ne* šiaip teiginys apie tai, ką kiti interpretuotojai mano. Socialines elgsenas, žinoma, sudaro individualūs aktai. Daugelio iš šių aktų tikslas yra komunikacija, taigi jie provokuoja klausimą, „ką jis tuo nori pasakyti?“ arba „kodėl jis tai pasakė tik tada?“ Jeigu vienas asmuo, dalyvaujantis pagarbumo bendruomenėje, sako kitam, kad institucija reikalauja nukelti skrybėlę prieš aukštesniuosius, visiškai prasminga pateikti tuos klausimus, o atsakyti į juos – reikštų mėginti

suprasti jį įprastiniu pokalbio interpretacijos būdu. Tačiau socialinė elgsena kuria ir presuponuoja esminės svarbos perskyrą tarp dalyvių aktų ir minčių interpretavimo šiuo būdu pavieniui ir pačios elgsenos interpretavimo, t. y. aiškinimosi, ką jie daro kolektyviai. Ji presuponuoja tą perskyrą, nes dalyvių teiginiai ir argumentai, kuriuos legitimuoja ir skatina ta elgsena, yra apie tai, ką *ji* reiškia, o ne apie tai, kokia yra *jų* intencija.

Ta perskyra būtų nesvarbi praktinių tikslų požiūriu, jeigu elgsenos dalyviai visuomet sutartų dėl geriausios jos interpretacijos. Tačiau jie nesutaria, bent jau dėl detalių, kai interpretacinė laikysena yra aktyvi. Žinoma, jie privalo sutarti dėl daugybės dalykų, kad socialinė elgsena būtų jiems bendra. Jie turi turėti bendrą žodyną: jie turi turėti omenyje beveik tuos pačius dalykus, kai pamini skrybėles arba reikalavimus. Jie turi suprasti pasaulį pakankamai panašiai ir turėti interesus ir įsitikinimus, pakankamai panašius atpažinti prasmę vienas kito teiginiuose, traktuoti juos *kaip* teiginius, o ne kaip tiesiog triukšmą. Šitai reiškia ne tik tų pačių žodžių vartojimą, bet bendrumą to, ką Wittgensteinas vadino gyvenimo forma, pakankamai konkrečią, kad vienas galėtų atpažinti prasmę ir tikslą tame, ką kitas sako ir daro, suprasti, kokie įsitikinimai ir motyvai galėtų daryti prasmingą jo kalbėjimą, gestą, toną ir t. t. Jie visi turi „kalbėti ta pačia kalba", abiejomis tos frazės prasmėmis. Tačiau šis interesų ir įsitikinimų panašumas reikalingas tik iki tam tikro taško: jis turi būti pakankamai gilus *(dense)*, kad leistų tikrą nesutarimą, tačiau ne toks gilus, kad nesutarimas negalėtų iškilti.

Taigi kiekvienas iš socialinės elgsenos dalyvių turi skirti mėginimą spręsti, ko, kitų jo bendruomenės narių manymu, reikalauja elgsena, nuo mėginimo nuspręsti pačiam sau, ko ji iš tikrųjų reikalauja. Kadangi tai yra skirtingi klausimai, interpretaciniai metodai, kuriuos jis naudoja atsakydamas į pastarąjį klausimą, negali būti pokalbio interpretacijos metodai, adresuojami individams pavieniui, kuriuos jis naudotų atsakydamas į pirmąjį klausimą. Visuomenės tyrėjas, kuris siūlo interpretuoti elgseną, turi daryti tokią pačią perskyrą. Jis gali, jeigu nori, tesiimti pranešti įvairias nuomones, kurias skirtingi

individai bendruomenėje turi apie tai, ko reikalauja elgsena. Tačiau tai nebūtų pačios elgsenos interpretacija; jeigu jis imasi šio kito projekto, jis turi atsisakyti metodologinio individualizmo ir naudoti metodus, kuriuos naudoja jo subjektai, formuodami savo nuomones dėl to, ko iš tikrųjų reikalauja pagarbumas. T. y. jis turi *įsitraukti* į elgseną, kurią jis siūlo suprasti; jo išvados tuomet nėra neutralus raportas apie tai, ką pagarbumo besilaikantys piliečiai mano, o teiginiai apie pagarbumą, *galintį konkuruoti* su jų praktikuojamu pagarbumu.[14]

Kaip dėl ambicingesnės sugestijos, kad socialinės elgsenos interpretacija yra pokalbio interpretacija, adresuojama bendruomenei kaip visumai, suvokiamai kaip tam tikra superbūtybė? Filosofai yra domėjęsi kolektyvinės ar grupinės sąmonės idėja dėl daugelio priežasčių ir daugelyje kontekstų, kai kurie iš jų svarbūs interpretacijai; kai kuriuos iš jų aš aptariu išnašoje.[15] Tačiau net jeigu mes pripažįstame sunkią šios sugestijos ontologiją, ją, sugestiją, sugriauna tas pats argumentas, kuris yra fatalus ne tokiai ambicingai sugestijai. Pokalbio interpretacija yra nepriimtina, nes interpretuojamoji veikla nustato interpretacijos sąlygas: pagarbumas reikalauja, kad pagarbumo interpretavimas nebūtų tik atskleidimas to, ką bet kuris pavienis asmuo apie mandagumą galvoja. Tad net jeigu mes tariame, kad bendruomenė yra atskiras asmuo, su savo nuomonėmis ir įsitikinimais, kokios nors rūšies grupinė sąmonė, ši prielaida papildo istoriją dar vienu asmeniu, kurio nuomones interpretuotojas turi vertinti ir nuginčyti, o ne tiesiog atskleisti ar išdėstyti. Kitaip tariant, jis vis tiek turi skirti grupinės sąmonė nuomonę apie tai, ko reikalauja pagarbumas, – nuomonę, kurią jis mano galįs atskleisti reflektuodamas tos sąmonės aiškius motyvus ir tikslus, – ir to, ko, jo, interpretuotojo, manymu, iš tiesų reikalauja pagarbumas. Jam vis tiek reikia tam tikro interpretacinio metodo, kurį jis gali panaudoti testuodamas tos būtybės sprendimą, kai šį jau turi atskleidęs, ir šis metodas negali būti pokalbio su ta būtybe ar dar kuo nors dalykas.

Šią ilgą diskusiją mes pradėjome išprovokuoti svarbaus prieštaravimo: jog konstruktyvinis kūrybinės interpretacijos paaiškinimas yra neteisingas, nes kūrybinė interpretacija visuomet yra pokalbio in-

terpretacija. Socialinių elgsenų interpretacijos atveju šis prieštaravimas sužlunga dar dramatiškiau nei meninės interpretacijos atveju. Konstruktyvinis aiškinimas turi imtis kitų prieštaravimų: konkrečiai, vėliau šiame skyriuje svarstysimo prieštaravimo, anot kurio, konstruktyvinė interpretacija negali būti objektyvi. Tačiau prieš testuodami konstruktyvinį interpretacijos modusą dar kartą, turime jį išstudijuoti nuodugniau.

INTERPRETACIJOS STADIJOS

Turime pradėti nuo konstruktyvinės interpretacijos išskaidymo, kad ją paverstume instrumentu, tinkamu teisės kaip socialinės elgsenos tyrimui. Mums bus būtina analitinė perskyra tarp štai kokių trijų interpretacijos stadijų, stebint, kaip kiekvienam iš etapų reikalingas skirtingas konsenso laipsnis bendruomenės viduje, kad joje galėtų klestėti interpretacinė laikysena. Pirma, turi būti „preinterpretacinė" stadija, kurioje yra identifikuojami normos ir standartai, laikomi teikiančiais bandomąjį elgsenos turinį. (Ekvivalentiška stadija literatūros interpretacijoje yra toji, kai atskiri romanai, dramos ir t. t. yra identifikuojami tekstualiai, t. y. stadija, kurioje *Mobi Diko* tekstas yra identifikuojamas ir atskiriamas nuo kitų romanų teksto.) „Preinterpretacinis" rašau su kabutėmis, nes kokios nors rūšies interpretacija yra būtina net šioje stadijoje. Socialinės normos nėra paženklintos identifikuojamosiomis etiketėmis. Tačiau reikalingas labai didelis konsenso laipsnis – galbūt ne veltui interpretacinė bendruomenė yra apibrėžiama kaip šioje stadijoje reikalaujanti konsenso – jeigu interpretacinė laikysena nori būti vaisinga, ir todėl savo analizėje galime abstrahuotis šios stadijos atžvilgiu, presuponuodami, kad klasifikacijos, kurias ji teikia, yra traktuojamos kaip duotybės kasdienėje refleksijoje ir argumentacijoje.

Antra, turi būti interpretacinė stadija, kurioje interpretuotojas fiksuoja kokį nors bendrą elgsenos, identifikuotos preinterpretaciniu etapu, pagrindinių elementų pateisinimą. Jį sudarys argumentas apie tai, kodėl elgsena ta bendra forma yra verta tęsti, – jeigu ji yra to

verta. Tas pateisinimas neturi derėti su kiekvienu esamos elgsenos aspektu ar bruožu, tačiau tos dermės turi būti tiek, kad interpretuotojas galėtų suvokti save kaip interpretuojantį tą elgseną, o ne išrandantį naują.[16] Pagaliau turi būti pointerpretacinė, arba reformavimo, stadija, kurioje jis pataiso savo suvokimą to, ko elgsena „iš tikrųjų" reikalauja, kad tas suvokimas geriau atitiktų pateisinimą, kurį jis pripažįsta interpretacinėje stadijoje. Pavyzdžiui, pagarbumo interpretuotojas gali prieiti išvadą, kad nuoseklus tos elgsenos geriausio pateisinimo įgyvendinimas reikalautų iš žmonių nukelti kepurę prieš kareivius, grįžtančius iš lemiamos svarbos karo, – lygiai kaip prieš kilminguosius. Arba kad jis kviečia padaryti naują išimtį įtvirtinto paklusnumo modelio rėmuose: pavyzdžiui, grįžtančius kareivius atleisti nuo pareigos būti pagarbiems. Ar galbūt kad pati norma, kuri nustato paklusnumą ištisai grupei ar klasei, ar tam tikriems asmenims, to pateisinimo atžvilgiu turi būti suprantama kaip klaida.[17]

Tikra interpretacija mano įsivaizduojamoje bendruomenėje būtų kur kas mažiau sąmoninga ir struktūruota, nei sugestijuoja ši analitinė struktūra. Žmonių interpretaciniai sprendiniai būtų labiau „matymo" dalykas, sykiu jų elgsenos dimensijų matymo, tos elgsenos tikslo ar siekio, ir pointerpretacinių to tikslo implikacijų matymo. Ir šis „matymas" paprastai būtų ne įžvalgesnis nei tiesiog sutikimas su interpretacija, tuo metu populiaria kokioje nors grupėje, kurios požiūrio taško daugiau ar mažiau automatiškai laikosi interpretuotojas. Nepaisant to, kontroversija dėl tikslių tos elgsenos, kurią jie visi interpretuoja, dimensijų bus neišvengiama net tarp amžininkų, o dar daugiau kontroversijos bus dėl geriausio tos elgsenos pateisinimo. Savo ankstesniame aiškinime kas yra interpretacija, jau nustatėme labai daug nesutarimo būdų.

Dabar per savo analitinio aiškinimo prizmę galime pažvelgti atgal, kad sukomponuotume tokių įsitikinimų ar nuomonių, ar išankstinių prielaidų, reikalingų tam, kuris ketina ką nors interpretuoti, inventorių. Jam reikia prielaidų arba įsitikinimų dėl to, kas laikytina elgsenos dalimi, kad savo interpretacijos preinterpretacinėje stadijoje apibrėžtų neapdorotus duomenis; interpretacinė laikysena negali

išgyventi, jeigu tos pačios interpretacinės bendruomenės narių nesieja bendros bent jau apytiksliai tos pačios prielaidos apie tai. Jam taip pat reikia įsitikinimų apie tai, kokiu mastu pateisinimas, kurį jis teikia, interpretacinėje stadijoje turi atitikti esamus elgsenos bruožus, kad galiotų kaip jos interpretacija, o ne kažko naujo sukūrimas. Ar gali geriausias pateisinimas pagarbumo elgsenų, kurias beveik visi laiko daugiausia paklusnumo rodymo socialiai aukštesniems reikalu, iš tikrųjų būti toks, kuris reikalautų – reformavimo stadijoje – neskirstyti pagal socialinį statusą *(social rank)*? Ar tai būtų pernelyg radikali reforma, pernelyg nederantis pateisinimas, kad apskritai galiotų kaip interpretacija? Dar kartą: negali būti per didelio nesuderinamumo tarp skirtingų žmonių įsitikinimų dėl atitikimo; tačiau tik istorija gali mus pamokyti, koks skirtumas yra per didelis. Pagaliau jam reikės savarankiškesnės nuomonės apie tai, kokios rūšies pateisinimai iš tikrųjų parodytų elgseną palankiausioje šviesoje, pavyzdžiui, sprendinių apie tai, ar skirstymas pagal socialinį statusą yra pageidautinas ar smerktinas. Ši savarankiška nuomonė turi būti nepriklausoma nuo mano ką tik aprašytų įsitikinimų apie atitikimą, antraip pastarieji negalėtų varžyti pirmųjų, ir galiausiai interpretuojantysis negalėtų interpretacijos atskirti nuo kūrybos. Tačiau tam, kad interpretacinė laikysena klestėtų, jie neturi būti lygiai tokie pat bendri jo bendruomenei kaip jo preinterpretacinių ribų nujautimas ar net jo įsitikinimai apie reikalaujamą atitikimo laipsnį.

PAGARBUMO FILOSOFAI

Institucinė tapatybė

1-ame skyriuje apžvelgėme klasikines teisės teorijas ar filosofijas, ir aš įrodinėjau, kad skaitomos tuo būdu, kuriuo jos paprastai skaitomos, šios teorijos nėra naudingos, nes jos yra paralyžiuotos semantinio geluonies. Dabar galime paklausti, kokios rūšies filosofinės teorijos *būtų* naudingos žmonėms, kurie kokios nors socialinės tradicijos atžvilgiu laikosi mano aprašytos interpretacinės pozici-

jos. Tarkime, jog mūsų įsivaizduojama pagarbumo bendruomenė pagerbia filosofą, paprašydama – tai vyksta ankstyvuoju interpretacinės laikysenos laikotarpiu – parengti filosofinį pagarbumo paaiškinimą. Jam duodamos šios instrukcijos: „Mes norime, kad Jūs pateiktumėte ne savo paties tikras pažiūras į tai, ko reikalauja pagarbumas, – jos mums nė kiek ne įdomesnės nei bet kurio kito žmogaus pažiūros. Mes norime konceptualesnės teorijos apie pagarbumo esmę, apie tai, kas pagarbumas yra sutinkamai su pačia žodžio reikšme. Jūsų teorija turi būti neutrali mūsų kasdienių kontroversijų atžvilgiu; ji turi teikti konceptualinį foną arba taisykles, reguliuojančias tas kontroversijas, o ne užimti kurią nors poziciją." Ką jis gali padaryti ar pasakyti atsakydamas? Jo pozicija panaši į mano minėtą socialinio mokslininko poziciją, kuris turi įsitraukti į savo aprašomas elgsenas. Jis negali pateikti teisingo žodžio „pagarbumas" vartojimo semantinių normų komplekso, tokio kaip normos, kurias jis gali pateikti žodžio „knyga" vartojimui. Jis negali pasakyti, kad skrybėlės nukėlimas prieš moterį yra pagarbumo atvejis pagal apibrėžimą, ta prasme, kuria galima sakyti, kad *Mobi Dikas* yra knyga pagal apibrėžimą. Arba kad padėkos laiškas yra paribio atvejis, kurį galima deramai traktuoti kaip patenkantį – arba ne – į pagarbumo kategoriją, kaip kad didelę brošiūrą galima deramai traktuoti kaip knygą arba kaip ne knygą. Bet koks žingsnis, kurį jis žengtų ta linkme, automatiškai kirs liniją, kurią bendruomenė nubrėžė jo įgaliojimams; jis pateiktų savo pozityvią interpretaciją, o ne neutralią pagrindo analizę. Jis panašus į žmogų Šiaurės ašigalyje, kuriam liepiama eiti bet kuria kryptimi, išskyrus Pietų.

Jis nusiskundžia dėl savo įgaliojimų ir jam suteikiamos naujos instrukcijos. „Jūs bent jau galite atsakyti į štai kokį klausimą. Mūsų elgsenos dabar visai kitokios, nei buvo prieš keletą generacijų, taip pat jos skiriasi nuo pagarbumo elgsenų kaimyninėse ir tolimose bendruomenėse. Tačiau mes žinome, kad mūsų turima elgsena yra *tokia pati (the same sort)* kaip anos. Todėl turi būti koks nors bruožas, kuris yra bendras visoms šioms skirtingoms elgsenoms ir dėl kurio jos visos yra pagarbumo versijos. Šis bruožas neabejotinai yra neut-

ralus mūsų pageidaujama prasme, nes jis bendras žmonėms su tokiomis skirtingomis idėjomis apie tai, ko iš tikrųjų reikalauja pagarbumas. Prašome mums pasakyti, koks jis yra." Jis išties gali atsakyti į šį klausimą, tačiau ne tuo būdu, kurį nurodo instrukcijos.

Jo paaiškinimas tos prasmės, kuria pagarbumas lieka ta pati institucija per visą savo permainų ir adaptacijų karjerą ir skirtingose bendruomenėse su labai skirtingomis normomis, neapeliuos į jokį „definuojantį bruožą", bendrą visiems tos institucijos atvejams *(instances)* ar pavyzdžiams.[18] Mat, pagal hipotezę, tokio bruožo nesama: pagarbumas vienu etapu laikomas pagarbos dalyku, o kitu etapu – visai kita kuo. Jo paaiškinimas bus istorinis: institucijos tęstinumas yra – jei pavartotume gerai žinomą Wittgensteino figūrą – virvės, sudarytos iš daugelio vijų, iš kurių nė viena nesitęsia per visą jos ilgį ir neužima visos jos storio, tęstinumas. Tai tiesiog istorinis faktas, kad dabartinė institucija yra ankstesniųjų įpėdinė [ir tokia ji yra] dėl tos rūšies interpretacinių adaptacijų, kurias mes pažymėjome, ir kad užsienio institucijos taip pat yra panašių ankstesnių instancijų įpėdinės. Permainos, įvykstančios tarp periodų, arba skirtumai tarp bendruomenių gali būti pakankamai didelės, tokios, kad tęstinumą reikėtų paneigti. Kokios permainos yra pakankamai didelės nutraukti tęstinumo gijai? Šitas klausimas pats yra interpretacinis klausimas, ir atsakymas priklausys nuo to, kodėl tęstinumo klausimas iškyla.[19] Nesama jokio bruožo, kurį bet kuri elgsenos stadija ar atvejis *(instance)* tiesiog privalo turėti žodžio „pagarbumas" reikšmės dėka, ir tokio bruožo paieškos būtų tiesiog dar vienas įsisenėjusios semantinio geluonies infekcijos pavyzdys.

Sąvoka ir samprata

Ar gali filosofas būti ne toks negatyvus ir naudingesnis? Ar jis gali pasiūlyti ką nors ta dvasia, kuri atitiktų jo klientų norus: pagarbumo paaiškinimą, konceptualesnį ir ne tokį substantyvų kaip teorijos, kurias jie jau turi ir naudoja? Galbūt. Neatmestina galimybė, kad paprasti debatai dėl pagarbumo įsivaizduojamoje bendruomenėje tu-

rės štai kokią į medį panašią struktūrą. Apskritai imant, žmonės sutaria dėl pačių bendriausių ir abstrakčiausių propozicijų dėl pagarbumo, kurios sudarys medžio kamieną, tačiau jie nesutaria dėl konkretesnių šių abstrakčių propozicijų patobulinimų ar sub-interpretacijų dėl medžio šakų. Pavyzdžiui, tam tikru elgsenos raidos etapu visi sutaria, kad pagarbumas, aprašomas kuo abstrakčiausiai, yra pagarbos dalykas. Tačiau esama didelio susiskirstymo dėl teisingo pagarbos idėjos interpretavimo. Viena šalis mano, kad pagarba, deramai suprantama, turi būti daugiau ar mažiau automatiškai rodoma tam tikro statuso *(rank)* ar grupės žmonėms, tuo tarpu kita mano, kad pagarba turi būti pelnoma kiekvieno asmens atskirai. Pirmoji iš šių šalių yra pati susiskaldžiusi dėl to, koks statusas ar kokios grupės turi teisę į pagarbą; antroji pati susiskaldžiusi dėl to, kokie aktai verti pagarbos. Ir taip toliau – nuomonė skyla į vis tolesnes ir gilesnes perdalas.

Šiomis aplinkybėmis pradinis medžio kamienas – tuo tarpu nekontroversiškas ryšys tarp pagarbumo ir pagarbos – viešojoje argumentacijoje – lygiai kaip privačioje refleksijoje – funkcionuotų kaip tam tikras atramos taškas *(plateau)*, į kurio pagrindą remiasi tolesnė mintis ir argumentacija. Tuomet bus natūralu, jei žmonės traktuos tą ryšį kaip ypatingą ir konceptualų ir sakys, pavyzdžiui, kad pagarba yra „pačios pagarbumo reikšmės" dalis. Jie turės galvoje ne tai, kad kiekvienas, kuris neigia tai, kaltintinas kaip prieštaraująs sau arba nežino, kaip vartoti žodį „pagarbumas", o tik tai, kad tai, ką jis sako, paženklina jį kaip esantį anapus naudingo ar bent jau įprasto diskurso apie instituciją bendruomenės. Mūsų filosofas gali pasitarnauti savo bendruomenei, jeigu jis gali atskleisti šią struktūrą ir izoliuoti šią „konceptualią" sąsają tarp pagarbumo ir pagarbos. Jis gali ją suvokti propozicija, jog šiai bendruomenei pagarba teikia pagarbumo *sąvoką* ir kad konkuruojančios pozicijos dėl to, ko iš tikrųjų reikalauja pagarba, yra tos sąvokos *sampratos*. Kontrastas tarp sąvokos ir sampratos čia yra kontrastas tarp abstrakcijos lygmenų, kuriais gali būti tiriama elgsenos interpretacija. Pirmuoju lygmeniu sutarimas susitelkia apie abstrakčias idėjas, kurios yra nekontroversiškai pasitelkiamos visose interpre-

tacijose; antruoju lygmeniu šioje abstrakcijoje latentiškai glūdinti kontroversija yra identifikuojama ir jos imamasi. Šios struktūros atskleidimas gali padėti paryškinti argumentą ir kiekvienu atveju įgalins bendruomenę geriau suprasti savo intelektualinę aplinką.

Perskyra tarp sąvokos ir sampratos, suprantama šia dvasia ir daroma šiais tikslais, labai skiriasi nuo įprastesnės perskyros tarp žodžio prasmės ir apimties. Mūsų filosofui pavyko, kaip mes tariame, suprojektuoti tam tikrą jo bendruomenės elgsenos struktūrą, tokią, kad atskiros savarankiškos teorijos gali būti identifikuojamos ir suprantamos kaip abstraktesnės idėjos sub-interpretacijos. Vienu atžvilgiu jo analizė – jeigu ji pavyksta – turi būti taip pat nekontroversiška, nes jo teiginys, – jog pagarba teikia pagarbumo sąvoką, – žlugs, jeigu žmonės, bendrai imant, nesutars, kad pagarbumas yra pagarbos dalykas. Tačiau, nors šia prasme nekontroversiškas, jo teiginys yra interpretacinis, o ne semantinis; tai ne teiginys apie pamatines lingvistines normas, kurių kiekvienas turi laikytis, kad būtų suprastas. Taip pat jo teiginys nėra belaikis: jis galioja sutarimo ir nesutarimo modelio dėka, kuris galėtų kaip toje istorijoje, kurią pasakojau anksčiau, rytoj išnykti. Ir jo teiginys gali būti kvestionuojamas bet kuriuo metu; kvestionuojantysis atrodys ekscentriškai, tačiau bus visiškai aiškiai suprastas. Jo kvestionavimas žymės nesutarimo gilėjimą, o ne jo nereikalingumą, kaip kad tuo atveju, kai kas nors sako, kad *Mobi Dikas* yra ne knyga.

Paradigmos

Esama dar vienos užduoties – ne tokios sunkios, tačiau ne mažiau svarbios, – kurią atlikdamas filosofas galėtų pasitarnauti jį deleguojantiesiems *(constituents)*. Kiekvienu istoriniu institucijos raidos etapu tam tikri konkretūs pagarbumo reikalavimai beveik visiems atrodys kaip paradigmos, t. y. kaip pagarbumo reikalavimai, jei apie tokius apskritai kalbėtina. Pavyzdžiui, norma, kad vyrai turi atsistoti, kai į patalpas įeina moteris, gali būti laikoma tam tikro laikotarpio paradigma. Vaidmuo, kurį samprotavime ir argumentaci-

joje atlieka šios paradigmos, bus netgi dar lemtingesnis nei bet koks abstraktus sutarimas dėl sąvokos. Mat paradigmos bus traktuojamos kaip konkretūs pavyzdžiai, kuriuos bet kokia įtikinama interpretacija privalo atitikti, ir argumentas prieš interpretaciją turės – visada, kai tai įmanoma – parodymo, kad ji neapima ar nepaaiškina paradigminio atvejo, formą.

Dėl šio ypatingo vaidmens sąsaja tarp institucijos ir tos dienos paradigmų bus tokia glaudi, kad savo ruožtu lems tam tikrą konceptualinę atmosferą. Tas, kuris atmeta paradigmą, atrodys daręs ypač didelę klaidą. Tačiau ir vėl – esama svarbaus skirtumo tarp šių interpretacinės tiesos paradigmų ir atvejų, kai, kaip sako filosofai, sąvoka galioja „pagal apibrėžimą", kaip kad viengungystės terminas galioja nevedusiems vyrams. Paradigmos yra interpretacijų inkaras, tačiau jokia paradigma nėra apsaugota nuo kvestionavimo naujoje interpretacijoje, kuri geriau paaiškina kitas paradigmas ir tą vieną palieka izoliuotą kaip klaidą. Mūsų įsivaizduojamoje bendruomenėje lyties paradigma ilgą laiką sugebėjo išgyventi kitas transformacijas būtent dėl to, kad ji atrodė taip tvirtai fiksuota, kol tapo nepripažįstamu anachronizmu. Tada vieną dieną moterys paprieštaraus tam, kad vyrai joms atstovautų; jie gali tai pavadinti didžiausiu įmanomu nepagarbumu. Vakarykštė paradigma virs šiandienos šovinizmu.

DIGRESIJA: TEISINGUMAS

Visos perskyros ir žodynas, pristatyti iki šio momento, pasirodys naudingi, kai kitame skyriuje imsimės teisės kaip interpretacinės sąvokos. Tačiau verta sustoti ir pažiūrėti, kokiu mastu mūsų interpretacinių sąvokų aiškinimas galioja kitoms svarbioms politinėms ir moralinėms idėjoms ir konkrečiai – teisingumo idėjai. Šiurkštus kalbos veikimo pavaizdavimas, kuris mus daro neatsparius semantinio geluonies poveikiui, netinka teisingumui, kaip netinka ir pagarbumui. Mes nesivadovaujame visuotiniais lingvistiniais kriterijais spręsdami, kokie faktai situaciją daro teisingą arba neteisingą. Patys intensyviausi mūsų ginčai apie teisingumą – pavyzdžiui, apie

pajamų mokesčius arba pozityvios diskriminacijos *(affirmative action)* programas – yra ginčai dėl teisingų teisingumo testų, o ne dėl to, ar faktai tenkina tam tikrą testą, dėl kurio yra sutarta kokiu nors konkrečiu atveju. Libertaras mano, kad pajamų mokesčiai yra neteisingi, nes jie iš savininko be jo sutikimo atima nuosavybę. Libertarui nesvarbu, prisideda ar ne tie mokesčiai prie įmanomai didžiausio laimingumo ilgalaikėje perspektyvoje. Tuo tarpu utilitaristas mano, kad pajamų mokesčiai yra teisingi tik tuomet, kai jie prisideda prie įmanomai didžiausio laimingumo ilgalaikėje perspektyvoje, ir jam nesvarbu, atima nuosavybę jie ar neatima be savininko sutikimo. Taigi jei teisingumui pritaikytume tą nesutarimo pavaizdavimą, kurį atmetėme pagarbumo atveju, prieitume išvadą, kad libertaras ir utilitaristas negali nei sutarti, nei nesutarti nė vienu teisingumo klausimu.

Šitai būtų klaida, nes teisingumas yra institucija, kurią mes interpretuojame.[20] Kaip ir pagarbumas, ji turi istoriją; kiekvienas iš mūsų įsijungiame į tą istoriją, kai išmokstame praktikuoti interpretacinę laikyseną reikalavimų, pateisinimų, ir išteisinimų atžvilgiu, kuriuos pastebime kitus žmones teikiant teisingumo vardu. Labai nedaugelis iš mūsų sąmoningai interpretuojame šią istoriją tuo būdu, kuriuo savo istorijoje įsivaizdavau žmones interpretuojant pagarbumą. Tačiau kiekvienas iš mūsų – kai kurie reflektyviau nei kiti – išsiugdome teisingumo jausmą, kuris vis tiek yra interpretacija, ir kai kurie iš mūsų kartkarčiais netgi peržiūri savo interpretaciją. Galbūt teisingumo institucija prasidėjo taip, kaip, mano įsivaizdavimu, prasidėjo pagarbumas: paprastomis ir tiesiomis normomis, reguliuojančiomis nusikaltimą, bausmę ir skolą. Tačiau interpretacinė laikysena klestėjo tuo metu, kai buvo parašyta ankstyviausioji politinė filosofija, ir nuo tol ji tebeklesti. Progresyvios reinterpretacijos ir transformacijos buvo kur kas sudėtingesnės nei tos, kurias aprašiau taikydamas pagarbumui, tačiau kiekviena rėmėsi į pertvarkytos elgsenos ir laikysenos, pasiektos paskutiniosios reinterpretacijos, pagrindą.

Politiniai filosofai gali atlikti šiuos įvairius vaidmenis, kuriuos aš įsivaizdavau pagarbumo filosofo atveju. Jie negali išplėtoti semanti-

nių teorijų, kurios teikia normas „teisingumo“ termino vartojimui, tokias kaip normos, kurias įsivaizdavome „knygos“ terminui. Tačiau jie gali mėginti užčiuopti tą atspirties tašką, nuo kurio atsispiria dauguma argumentų apie teisingumą, ir pamėginti nusakyti jį kokia nors abstrakčia propozicija, traktuojama kaip teisingumo „sąvokos“ apibrėžimas jų bendruomenei, taip, kad ginčus dėl teisingumo būtų galima suprasti kaip ginčus dėl geriausios tos sąvokos sampratos. Mūsiškiai teisingumo filosofai retai mėgina tai padaryti, nes yra sunku rasti teiginį, sykiu pakankamai abstraktų, kad būtų nekontroversiškas tarp mūsų, ir pakankamai konkretų, kad būtų naudingas. Mūsų ginčai dėl teisingumo yra pernelyg sudėtingi, ir dabar šioje srityje esama pernelyg daug skirtingų rūšių teorijų. Tarkime, jog filosofas, pavyzdžiui, pasiūlo tokį sąvokos nusakymą: teisingumas skiriasi nuo kitų politinių ir moralinių dorybių, nes teisingumo problematika – tai teisių problematika *(entitlement)*, to, ką turi teisę tikėtis turėti savo rankose tie, kuriuos paveiks individų ar institucijų aktai, problematika. Toks nusakymas neatrodo pravartus, nes teisių turėjimo sąvoka pati yra pernelyg artima teisingumo sąvokai, kad ką paaiškintų, ir gal kiek pernelyg kontroversiška, kad galėtų būti laikoma konceptualia aptariamąja prasme, nes kai kurios iškilios teisingumo teorijos – marksistinė teorija, jeigu ją galima traktuoti kaip teisingumo teoriją[21], ir net utilitarizmas – vis tiek ją atmes. Galbūt neįmanomas joks pravartus teisingumo sąvokos nusakymas. Jeigu taip, šitai ne sukelia abejonę dėl ginčų apie teisingumą prasmės, o tik liudija vaizduotę žmonių, mėginančių būti teisingais.

Kiekvienu atveju, mes turime šį tą, kas yra svarbiau nei pravartus sąvokos nusakymas. Mes turime mums bendrą preinterpretacinę apytikslių elgsenos ribų nuovoką, į kurią turi remtis mūsų vaizduotės saviugda. Mes naudojame tą nuovoką atskirti teisingumo sampratoms, kurias atmetame, net smerkiame, nuo pozicijų, kurių išvis nelaikytume teisingumo sampratomis, net jei jos būtų pateiktos su šia antrašte. Libertarinė etika yra daugeliui iš mūsų nepatraukli teisingumo teorija. Tačiau tezė, kad abstraktusis menas yra neteisingas, nėra net ir nepatraukli; ji yra nesuvokiama kaip teorija apie teisingu-

mą, nes joks kompetentingas preinterpretacinis teisingumo elgsenos paaiškinimas neapima kritikos ir meno vertinimo.[22]

Teisingumo filosofai ar galbūt sociologai gali padaryti vieną naudingą darbą – identifikuoti paradigmas, kurios argumentuose apie teisingumą atlieka tą vaidmenį, kurį, kaip sakiau, paradigmos vaidintų argumentuose apie pagarbumą. Mums dabar yra paradigmiška, kad bausti nekaltus žmones yra neteisinga, kad vergija yra neteisinga, kad vogimas iš vargšų turtingųjų labui yra neteisingas. Dauguma mūsų nė nesusimąstydami atmestų bet kurią sampratą, kuri atrodytų reikalaujanti ar leidžianti bausti nekaltus. Todėl įsigalėjęs argumentas prieš utilitarizmą yra tas, kad jis negali pateikti gero šių pagrindinių paradigmų paaiškinimo ar pateisinimo; utilitaristai neignoruoja šio kaltinimo kaip netaiklaus, priešingai – jie pasitelkia herojišką sumanumą mėgindami jį atmesti. Tačiau kai kurios teisingumo teorijos iš tiesų ginčija daug ką iš to, ką jų amžininkės laiko paradigmatiška, ir šitai paaiškina ne vien tai, kodėl šios teorijos – pavyzdžiui, Nietzsche's ar Marxo iš pažiūros prieštaringos mintys apie teisingumą – ne tik atrodė ir atrodo radikalios, bet ir, ko gero, yra apskritai nepanašios į teisingumo teorijas. Tačiau dauguma teisingumo filosofų gerbia ir naudoja savo meto paradigmas. Jų pagrindinis darbas nėra nei mėginti nusakyti teisingumo sąvoką, nei redefinuoti paradigmas, o plėtoti ir ginti tas teorijas, kurios aiškiai yra pilnakraujės teisingumo teorijos, kontroversiškos teorijos, žengiančios toli anapus paradigmų į politiką. Libertariškas filosofas oponuoja pajamų mokesčiams, o egalitariškas filosofas ragina daugiau gėrio perskirstyti, nes skiriasi jų sampratos. Šios sampratos jokiu būdu nėra neutralios. Jos yra interpretacinės, tačiau įsipareigojusios, ir jų vertė mums kyla iš to įsipareigojimo.

SKEPTIŠKAS POŽIŪRIS Į INTERPRETACIJĄ

Iššūkis

Mano interpretacijos aiškinimas iki šio momento buvo subjektyvus viena šio susirūpinimą žadinančio žodžio prasme. Aš aprašiau, kaip

kūrybinė interpretacija atrodo interpretuotojams, ką kas nors turi galvoti, kad interpretuotų vienaip, o ne kitaip. Tačiau mano aprašytoji interpretacinė laikysena, kurią, kaip sakiau, praktikuoja tie interpretuotojai, skamba objektyviau. Jie mano, kad interpretacijos, kurias jie pasirenka, yra geresnės – o ne tik skirtingos – už tas, kurias jie atmeta. Ar ši laikysena prasminga? Kai du žmonės nesutaria dėl korektiškos kokio nors dalyko interpretacijos – eilėraščio, dramos, socialinės elgsenos, tokios kaip pagarbumas, arba teisingumo – ar gali vienas iš jų pagrįstai manyti, kad jis yra teisus, o kiti – neteisūs? Šį klausimą turime rūpestingai atskirti nuo kito, dėl interpretacijos sudėtingumo. Dogmatiškai skamba ir paprastai yra klaida tarti, kad sudėtingas meno kūrinys – pavyzdžiui, *Hamletas* – yra „apie" kokį vieną dalyką ir nieką daugiau, ir dėl to vienas tos dramos pastatymas būtų unikaliai teisingas ar tikslus, o bet kuris kitas pastatymas, kuris pabrėžtų kitą aspektą ar dimensiją, – tiesiog neteisingas. Aš noriu iškelti kvestionavimo, o ne sudėtingumo klausimą. Ar gali viena interpretacinė pažiūra būti objektyviai geresnė už kitą, kai jos yra ne tik skirtingos – iškeliančios skirtingus ir vienas kitą papildančius sudėtingo kūrinio aspektus, – o prieštaringos, kai į vienos turinį *įeina* teiginys, kad kita yra neteisinga?

Dauguma žmonių mano, kad gali – kad kai kurios interpretacijos iš tikrųjų yra geresnės negu kitos. Kas nors, ką tik naujai supratęs *Prarastąjį rojų (Paradise Lost)*, virpėdamas iš jaudulio dėl atradimo, mano, kad jo nauja interpretacija yra *teisinga,* kad ji yra geresnė nei ta, kurios jis atsisakė, kad tie, kurie dar nesusipažinę su šia interpretacija, praleido kažką esminga ir svarbu, kad jie nemato poemos tokios, kokia ji yra iš tikrųjų. Jis mano, kad jis buvo vedamas tiesos, o ne kad pasirinko vieną interpretaciją kaip vienadienį apdarą, nes išsirinko ją kaip puošnų kaklaraištį. Jis galvoja, kad jis turi tikras, tvirtas priežastis akceptuoti savo naują interpretaciją ir kad kiti, kurie laikosi senesnės pažiūros, kurią jis dabar mano esant neteisingą, turi tikras, tvirtas priežastis pakeisti savo nuomonę. Tačiau kai kurie literatūros kritikai mano, kad visa tai yra gili painiava; jie sako, kad klaida galvoti, jog viena interpretacinė nuomonė gali iš tiesų būti

geresnė už kitą.[23] 7-ame skyriuje įsitikinsime, kad dauguma teisės tyrėjų beveik tą pat kalba apie sprendimus, teisėjų daromus sunkiosiose bylose, tokiose kaip mūsų parinktieji atvejai 1-ame skyriuje: jie sako, kad sunkiosiose bylose negali būti teisingo atsakymo, o tik – skirtingi atsakymai.

Daug kas iš to, ką aš visame šiame skyriuje sakiau apie interpretaciją, gali būti laikoma parama šiai skeptinei įprastos „teisinga–neteisinga" pažiūros kritikai. Aš siūlau šį bendrą ir labai abstraktų interpretacijos apibūdinimą: ji siekia interpretuoti objektą ar elgseną kiek įmanoma geriau. Antai *Hamleto* interpretacija mėgina iš teksto padaryti geriausią pjesę, kokia jis gali būti, o pagarbumo interpretacija iš įvairių pagarbumo elgsenų mėgina padaryti geriausią socialinę instituciją, kokia šios elgsenos gali būti. Šis interpretacijos apibūdinimas atrodo priešiškas bet kokiam reikšmės unikalumo teiginiui, nes tvirtina, kad skirtingi žmonės su skirtingu skoniu ir vertybėmis būtent dėl tos priežasties „įžvelgs" skirtingas reikšmes tame, ką jie interpretuoja. Jis atrodo remiantis skepticizmą, nes idėja, jog yra galimas „teisingas" atsakymas į klausimus dėl estetinės ar moralinės, ar socialinės vertės, daugeliui žmonių atrodo keistesnė net už tą, kad yra galimas teisingas atsakymas į klausimus dėl tekstų ir elgsenų reikšmių. Taigi visai įmanoma, jog mano abstraktus paties bendriausio interpretacijos tikslo aprašymas daugelio skaitytojų akyse visai gali patvirtinti skeptinę tezę, kad filosofinė klaida yra manyti, jog interpretacijos gali būti teisingos arba neteisingos, tikros ir netikros.

Vidinis ir išorinis skepticizmas

Likusioje šio skyriaus dalyje mes įvertinsime šio skeptinio kvestionavimo mastą ir galiojimo apimtį, ir pradėsime esminės svarbos perskyra: perskyra tarp skepticizmo, skelbiamo iš interpretacijos projekto *vidaus*, kaip substantyvios pozicijos dėl geriausios kokios nors elgsenos ar meno kūrinio interpretacijos, ir skepticizmo iš *anapus* ir *dėl* to projekto. Tarkime, jog kas nors sako, kad *Hamletą*

geriausiai suprasti kaip pjesę, analizuojančią dviprasmiškumą *(obliquity)*, dvilypumą *(doubling)* ir delsimą *(delay)*; jis argumentuoja, kad pjesė turi daugiau meninio integralumo, geriau vienija leksines, retorines ir naratyvines temas, kai perskaitoma turint galvoje minėtas idėjas. „Vidinis" skeptikas galėtų sakyti: „Jūs neteisus. *Hamletas* yra pernelyg painus ir sujauktas, kad būtų apskritai apie ką nors: tai yra nerišlus dramos elementų kratinys." „Išorinis" skeptikas galėtų pasakyti: „Aš sutinku su Jumis; aš taip pat manau, kad šitai yra geriausiai pjesę nušviečiantis perskaitymas. Žinoma, tai tik nuomonė, kuri yra mums bendra; mes negalime pagrįstai tarti, kad tai, jog *Hamletas* yra apie delsimą, yra objektyvus faktas, kurį mes atskleidėme glūdint realybės natūroje, „ten išorėje", kažkokiame transcendentiniame metafiziniame pasaulyje, kur subsistuoja dramų reikšmės."

Tai skirtingos skepticizmo formos. Vidinis skeptikas kalba apie teiginių, kuriuos jis kvestionuoja, turinį; jis tvirtina, kad visais atžvilgiais klaidinga sakyti, jog *Hamletas* yra apie delsimą ir dviprasmybę, klaida tarti, kad, šitaip perskaityta, pjesė yra geresnė. Arba kad ji geresnė, perskaityta bet kuriuo kitu konkrečiu būdu. Ne dėl to, kad jokia pažiūra apie tai, kas daro dramą geresnę, negali būti „iš tikrųjų" teisinga, o dėl to, kad viena pažiūra *yra* teisinga: pažiūra, kad sėkminga interpretacija turi teikti tą vienovę, kurios, jo įsitikinimu, jokia kita *Hamleto* interpretacija negali suteikti. Kitaip tariant, vidinis skepticizmas, kvestionuodamas visas galimas konkretaus interpretacijos objekto interpretacijas, remiasi bendra interpretacine laikysena kaip sveiku protu *(soundness)*. Šiuo būdu galima būti skeptiškam ne tik dėl konkretaus žaidimo, bet bendrai dėl projekto. Tarkime, jog pilietis stebi pagarbumo elgsenas, kurias jo kaimynai laiko vertingomis, ir nusprendžia, kad ši jiems bendra prielaida yra bendra klaida. Jis turi įsitikinimų, kurie sako, kokios rūšies socialinės institucijos gali būti naudingos ar vertingos bendruomenei; jis daro radikalią išvadą, kad pagarbumo elgsenos netarnauja jokiam geram tikslui arba, dar blogiau, kad jos tarnauja pragaištingam tikslui. Todėl jis atmeta kaip iškreiptas visas tas skirtingas pagarbumo interpretacijas, kurias vienas prieš kitą konstruoja ir gina jo kolegos: pagarbumo atžvil-

giu jo vidinis skepticizmas yra globalus. Ir vėl: jis remiasi – užuot atmetęs – idėja, kad kai kurios socialinės elgsenos yra geresnės už kitas; atmesdamas visas tas pagarbumo interpretacijas, teikiamas jo aplinkos žmonių, jis remiasi bendra pažiūra į socialinę vertę. Jis laikosi prielaidos, kad jo bendrosios laikysenos yra pagrįstos sveiku protu, o jų priešingos laikysenos yra neteisingos.

Toks globalus vidinis skepticizmas, jeigu jo taikymas teisei, o ne tik pagarbumui, būtų įtikinamas, keltų grėsmę mūsų projektui. Mat mes tikimės išplėtoti pozityvų teorinį teisės pagrindų paaiškinimą, teisėjavimo programą, kurią galime rekomenduoti teisėjams ir naudoti kritikai to, ką jie daro. Tad mes negalime ignoruoti galimybės, kad koks nors globaliai skeptiškas požiūris į teisinių institucijų vertę galiausiai yra pats stipriausias ir įtaigiausias požiūris; mes negalime pasakyti, kad ši galimybė yra nerelevantiška teisės teorijai. Mes grįšime prie šios grėsmės 7-ame skyriuje. Dabar mus domina kita, išorinė skepticizmo forma.

Išorinis skepticizmas yra metafizinė teorija, o ne interpretacinė ar moralinė pozicija. Išorinis skeptikas nekvestionuoja jokio konkretaus moralinio ar interpretacinio teiginio. Jis nesako, kad kuria nors prasme yra klaida manyti, jog *Hamletas* yra apie delsimą arba kad pagarbumas yra pagarbos dalykas, arba kad vergija yra neteisinga. Jo teorija veikiau yra antro lygmens teorija apie šių teiginių filosofinį statusą *(standing)* arba klasifikaciją. Jis tvirtina, kad jie yra ne aprašymai, kuriuos galima įrodyti ar testuoti kaip fizikoje: jis neigia, kad estetinės ar moralinės vertybės gali būti dalis to, ką jis vadina (pasitelkdamas vieną iš erzinančių metaforų, kurios atrodo esmingai svarbios bet kokiam jo pažiūros nusakymui) visatos „audiniu" *(fabric)*. Jo skepticizmas yra išorinis, nes atsajus: anot jo, aktualaus interpretacijos proceso jo išvados nepaliečia. Išorinis skeptikas ir pats turi nuomonių apie *Hamletą* ir vergiją ir gali pateikti motyvus, kodėl šioms nuomonėms teiktina pirmenybė tų nuomonių, kurias jis atmeta, atžvilgiu. Tik jis tvirtina, kad visos šios nuomonės yra projektuojamos į „realybę", o ne atskleidžiamos joje.

Nuo neatmenamų laikų klestėjo filosofiniai debatai dėl to, ar

išorinis skepticizmas, ypač į moralę orientuotas išorinis skepticizmas, yra reikšminga teorija, ir jeigu taip, ar ji yra teisinga.[24] Aš dabar nesivelsiu į tuos debatus, tik pasvarstysiu, ar išorinis skepticizmas, jeigu jis yra pagrįstas sveiku protu, kiekvienu atveju atmes įsitikinimą, kurį visuotinai išpažįsta interpretuotojai: kad viena kokio nors teksto ar socialinės elgsenos interpretacija gali būti – pasvėrus – geresnė nei kitos, kad yra galimas „teisingas atsakymas" į klausimą, kuri yra geriausia, net kai yra kontroversiška tai, koks yra tas teisingas atsakymas.[25] Šitai priklauso nuo to, kaip šie „objektyvūs" įsitikinimai (kaip galėtume juos pavadinti) turėtų būti suprantami. Tarkime, jog aš sakau, kad vergovė yra neteisinga. Padarau pauzę, o tuomet priduriu antrąją teiginių grupę: sakau, jog vergovė yra „iš tikrųjų" arba „objektyviai" neteisinga, kad šitai nėra tik nuomonės dalykas, kad tai būtų tiesa, net jei aš (ir bet kuris kitas) manytų kitaip, kad tai yra „teisingas atsakymas" į klausimą, ar vergovė yra neteisinga, kad priešingas atsakymas yra ne šiaip skirtingas, bet klaidingas. Koks santykis tarp mano pradinės nuomonės, – kad vergovė yra neteisinga, – ir šių įvairių „objektyvių" sprendinių, kuriuos aš pridūriau prie jos?

Štai viena prielaida. Objektyvūs teiginiai, kuriuos aš pridūriau, yra skirti pateikti mano pradinės nuomonės tam tikriems ypatingos rūšies įrodymams arba tam tikriems ja grindžiamiems mano veiksmams pateisinti. Jie skirti įteigti, kad aš galiu įrodyti, jog vergovė yra neteisinga, tokiu pat būdu, kokiu galėčiau įrodyti kokį nors fizikos teiginį – fakto ir logikos argumentais, kuriuos kiekvienas racionalus asmuo turi pripažinti: pavyzdžiui, parodydamas, kad atmosferiniai moralės svyravimai patvirtina mano nuomonę arba kad ji atitinka noumenalinį metafizinį faktą. Jeigu šis būdas suprasti mano objektyvius teiginius būtų teisingas, tai mano teiginiai teigtų tai, ką išorinis skepticizmas neigia: kad moraliniai sprendiniai yra kažkokios ypatingos metafizinės moralinės sferos aprašymai. Tačiau šis jų supratimo būdas nėra teisingas. Nė vienas, kuris sako, kad vergovė yra „tikrai" bloga, nemano, kad jis šitaip pateikia ar net kad iškelia kaip prielaidą argumentą, kodėl ji yra bloga. (Kaip galėtų svyravimai ar

noumenalūs dalykai būti koks nors argumentas moraliniams įsitikinimams?) Vienintelis įmanomas mano pažiūros, kad vergovė yra blogai, įrodymas, vienintelis įmanomas mano ta pažiūra grindžiamų veiksmų pateisinimas yra koks nors nepriklausomas moralinis argumentas – tos rūšies, kurio „objektyvūs" teiginiai net nepretenduoja pateikti.

Tikroji sąsaja tarp mano pradinio sprendinio apie vergovę ir mano paskesnių „objektyvių" komentarų yra visai kitokia. Objektyvumo leksiką mes vartojame ne tam, kad savo paprastiems moraliniams ar interpretaciniams teiginiams suteiktume keistą metafizinį pamatą, bet tam, kad juos *pakartotume*, galbūt preciziškiau, pabrėžtume ar patikslintume jų *turinį*. Tokią kalbą mes vartojame, pavyzdžiui, atskirti tikriems moraliniams (ar interpretaciniams, ar estetiniams) teiginiams nuo paprastų skonio pranešimų. Aš nemanau (nors kai kurie žmonės mano), kad ledų aromatas turi tikrą estetinę vertę, todėl tik pasakyčiau, jog renkuosi ledus su romo ir razinų įdaru, ir nepridurčiau (nors kai kurie iš jų pridurtų), kad romo ir razinų aromatas „iš tikrųjų" ar „objektyviai" yra geriausias.[26] Objektyvumo kalbą taip pat vartojame norėdami atskirti teiginius, skirtus tik tam tikrų įsitikinimų, sluoksnio, poreikių ar interesų asmenims (galbūt tik kalbėtojui), ir tuos, kurie neasmeniškai skirti galioti kiekvienam. Tarkime, aš sakau, kad savo gyvenimą turiu paskirti branduolinio karo grėsmės mažinimui. Prasminga klausti, ar, mano manymu, ši pareiga galioja „objektyviai" kiekvienam, ar tik tiems, kurie jaučia, kaip aš, ypatingą prievolę šiuo klausimu. Šiuos du objektyvios kalbos vartojimo būdus derinau pokalbyje apie vergovę, kurį ką tik įsivaizdavau. Aš sakiau, jog vergovė yra „iš tikrųjų" neteisinga ir taip toliau, kad aiškiai nurodyčiau, jog mano nuomonė buvo moralinis sprendinys ir kad aš manau, jog vergovė yra neteisinga visur, ne tik bendruomenėse, kurių tradicijos ją pasmerkė. Tad jeigu kas nors sako, kad aš klystu, teikdamas tokį sprendinį, ir mūsų nesutarimas yra tikras, jo intencija būtinai bus noras išreikšti nuomonę, kad vergovė *nėra* neteisinga visur arba kad ji apskritai nėra neteisinga. Tai yra vidinio skepticizmo versija: ji gali būti apginta tik kokios nors rūšies morali-

niais argumentais, pavyzdžiui, apeliuojant į kokią nors moralinio reliatyvizmo formą, anot kurios, tikra moralė yra tik savo bendruomenės tradicijų laikymasis.

Taigi filosofinės kategorijos ar statuso požiūriu nesama jokio svarbaus skirtumo tarp teiginio, kad vergovė yra neteisinga, ir teiginio, kad esama teisingo atsakymo į vergovės klausimą, o būtent atsakymo, kad ji yra neteisinga. Aš negaliu būti suprastas, jei laikydamasis pirmosios nuomonės kaip moralinės nuomonės, kartu nesilaikau antrosios. Kadangi išorinis skepticizmas neteikia jokio pagrindo atšaukti arba modifikuoti pirmąją, jis taip pat neteikia jokio pagrindo atšaukti arba modifikuoti antrąją. Jos abi yra teiginiai, teikiami iš moralės projekto vidaus, o ne teiginiai apie jį. Taigi, kitaip nei globali vidinio skepticizmo forma, tikras išorinis skepticizmas negali kelti grėsmės jokiam interpretaciniam projektui. Net jei mes manome, kad suprantame tą skepticizmo formą ir jai pritariame, ji negali suteikti jokio pagrindo, dėl kurio mes neturėtume taip pat manyti, jog vergovė yra neteisinga, kad *Hamletas* yra apie dvilypumą ir kad pagarbumas ignoruoja socialinį statusą, arba – o tai iš esmės tas pats – kad kiekviena iš šių pozicijų yra geresnė (arba yra „iš tikrųjų" geresnė) negu jos varžovės. Jeigu mes būtume išoriniai skeptikai, filosofinio susikaupimo momentu, nuošaliai nuo moralinių ar interpretacinių karų, į filosofinį *visų* šių nuomonių statusą mes pažiūrėtume iš išorinio skeptinio taško. Visas jas mes klasifikuotume kaip projekcijas, o ne kaip atskleidimus. Tačiau jų mes neatskirtume tardami, kad tik pastarosios yra klaidingos. Skubu pridurti, kad esminės reikšmės punktas, kurį pabrėžiu – kad daugumos mūsų turimi „objektyvūs" įsitikinimai, yra moraliniai, o ne metafiziniai įsitikinimai, kad jie tik pakartoja ir patikslina kitus moralinius įsitikinimus, – tikrai nesusilpnina šių įsitikinimų ir nesusiaurina jų prasmės, ką jau kalbėti apie jos pakeitimą, palyginti su tuo, ką teigiant juos būtų galima manyti. Mat mes negalime jiems priskirti jokios atitinkančios jų iš tikrųjų mūsų gyvenime atliekamo vaidmens prasmės, kuri darytų juos ne moraliniais teiginiais. Jeigu remiantis nors tuo argumentu kas nors ir padaroma mažiau svarbu, tai būtent išorinis skepticizmas, o ne mūsų įsitikinimai.

Kuri skepticizmo forma?

Tuomet kaip turėtume suprasti skeptiką, kuris taip viską komplikuoja skelbdamas, kad moralėje ar interpretacijoje negali būti teisingų atsakymų? Jis pasitelkia metaforinę išorinio skepticizmo retoriką; jis sako atakuojąs pažiūrą, kad interpretacinės reikšmės yra „ten" universume arba kad teisingų teisinių sprendimų ieškotina kažkokioje „transcendentinėje realybėje". Jis naudoja išoriniams skeptikams žinomus argumentus: jis sako, jog kadangi skirtingų kultūrų žmonės turi skirtingas nuomones apie grožį ir teisingumą, šios dorybės negali būti pasaulio savybės, nepriklausomos nuo laikysenos. Tačiau aišku, kad jis mano, jog jo ataka turi vidinio skepticizmo *galią:* jis tvirtina, jog žmonės, interpretuodami poemas arba spręsdami sunkiąsias teisės bylas, neturėtų kalbėti ir elgtis taip, tarsi viena pažiūra galėtų būti teisinga, o kitos klaidingos. Jis negali teigti šiuos abu dalykus iškart.

Mūsų įprastinius įsitikinimus jis atakuoja todėl, kad priskiria mums absurdiškus teiginius, kurių mes neteikiame. *Mes* nesakome (ir negalime suprasti to, kuris taip sako), kad interpretacija yra kaip fizika arba kad moralinės vertybės yra „ten išorėje" arba gali būti įrodytos. Mes tik sakome, įvairiai akcentuodami, kad *Hamletas* yra apie delsimą ir kad vergovė yra neteisinga. Interpretacijos ir moralės praktikos teikia šiems teiginiams visą tą prasmę, kurią jie turi turėti ar galėtų turėti. Jeigu jis mano, kad jie yra klaidingi – nevykusios atliktys šių praktikų, deramai suprastų, rėmuose – jis turi atremti mūsų motyvus ir argumentus, mūsų, kaip dalyvių, savivoką savo priešingais motyvais ir argumentais. Taigi šiam kritikui padarysime daugiau gero pasižiūrėdami, kokiu mastu jo argumentus galime reinterpretuoti kaip vidinio skepticizmo argumentus. Ar mes galime jį suprasti kaip kaltinantį mus moralinėmis, o ne metafizinėmis klaidomis? „Kadangi žmonės nesutaria dėl socialinio statuso neteisingumo", – galėtų sakyti jis, – „ir kadangi tikėtina, jog žmonės manys statusą/titulą esant neteisingą tik jeigu jie yra gimę tam tikrose kultūrose, neteisinga teigti, kad kiekvienas turi niekinti titulus ir jų atsižadėti. Daugiau-

sia, ką galime pasakyti, yra tai, jog žmonės, kurie skirstymą pagal socialinį statusą mano esant neteisingą, turėtų jį niekinti ir atmesti arba kad taip turėtų daryti žmonės, kurie gyvena tokios nuomonės bendruomenėse." Arba: „Tas faktas, kad kiti, kitokiose kultūrose, atmeta mūsų moralines pažiūras, rodo, kad mes turime šias pažiūras tik dėl mums tekusio moralinio auklėjimo, ir šito suvokimas verčia abejoti tomis pažiūromis."[27]

Tai vidinio skepticizmo argumentai, nes jie presuponuoja kokią nors bendrą ir abstrakčią moralinę poziciją – pavyzdžiui, kad tikrą moralinę galią moraliniai teiginiai turi tik tuomet, kai jie yra išvesti iš konkrečios bendruomenės papročių, arba kad moraliniai įsitikinimai yra neteisingi, jeigu mažai tikėtina, kad jie bus pripažinti bet kurioje kultūroje – kaip pagrindą atmesti konkretesnius svarstomus moralinius teiginius. Žinoma, tokie kaip šie substantyvūs moraliniai argumentai tikrai buvo teikiami, ir jų latentiška apeliacija galėtų paaiškinti, kodėl skepticizmas, užmaskuotas kaip išorinis skepticizmas, buvo ir yra toks populiarus interpretacijoje ir teisėje. Jie jums galėtų neatrodyti geri argumentai, jeigu būtų pašalinta ta maskuojanti forma, bet aš sakau, jog šitaip yra dėl to, kad globalus vidinis skepticizmas dėl moralės jums atrodo neįtikimas.

Metamorfozė, kurią aprašau, turi savo kainą, nes skeptiko argumentai, reinterpretuoti kaip vidinio skepticizmo argumentai, nebegali būti įsakmūs arba *a priori*. Jam reikia argumentų, kurie atsilaikytų kaip moraliniai (arba estetiniai, arba interpretaciniai) argumentai; arba jeigu ne argumentų, tai bent deramos rūšies įsitikinimų. Jo skepticizmas nebegali būti atsajus arba neutralus įprastų moralinių (ar estetinių, ar interpretacinių) nuomonių atžvilgiu. Jis negali atidėti savo skepticizmo kokiam nors ramiam filosofiniam momentui ir, pavyzdžiui, savo nuomones apie vergovės moralumą arba sąsają tarp pagarbumo ir pagarbos ginti tik „po darbo", kai jis atlieka tik paprastus veiksmus. Jis atsisakė savo perskyros tarp paprastų ir objektyvių nuomonių; jeigu jis iš tikrųjų mano – vidinio skepticizmo būdu – kad joks moralinis sprendinys nėra iš tikrųjų geresnis nei bet kuris kitas, tuomet jis negali pridurti, kad, jo nuomone, vergovė yra neteisinga.

Išvados ir uždaviniai

Šį ilgą skyrių baigiu pasiteisinimu ir keletu patarimų. Mes įkopėme į stačią kalvą, paskui nusileidome atgal. Apie interpretaciją arba apie moralę, arba pagarbumą, arba teisingumą, arba teisę mes dabar nežinome nieko daugiau, nei žinojome tuomet, kai pradėjome svarstyti skeptinį kvestionavimą. Mat mano argumentas buvo tik ginamasis. Skeptikai skelbia, jog interpretacinėje laikysenoje, kaip aš ją aprašiau, glūdi gili klaida; jie sako, kad yra klaida tarti, jog viena socialinės elgsenos arba ko kito interpretacija gali būti teisinga arba neteisinga, arba iš tikrųjų geresnė už kitą. Jeigu mes interpretuojame tą priekaištą pagal išorinio skepticizmo modelį, tai dėl priežasčių, kurias aš pateikiau, tas priekaištas pasirodo painus. Jeigu jį interpretuojame natūraliau, kaip vidinio globalaus skepticizmo vardu teikiamą priekaištą, tai visas argumentas dar tik turi būti pateiktas. Mes tebestovime ten, kur stovėjome, tik eksplicitiškiau įsisąmoninę galimą pastarosios, potencialiai labai žalingos, argumento formos grėsmę.

Į šią kalvą aš kopiau ir nuo jos leidausi tik dėl to, kad skeptinis kvestionavimas, suvokiamas kaip išorinio skepticizmo teikiamas kvestionavimas, turi galingą įtaką teisininkams. Jie sako – apie bet kokią tezę, apie geriausią kokio nors teisės padalinio teisinės praktikos paaiškinimą – „Tai jūsų nuomonė“, ir nors tai yra tiesa, tačiau visai betikslė. Arba jie klausia: „Iš kur jūs žinote?“ arba „Iš ko kyla šis teiginys?“, reikalaudami ne argumentacijos, kuriai jie galėtų pritarti arba oponuoti, o triuškinančio vieno smūgio *(knock-down)* metafizinio įrodymo, kurio negali atremti niekas, kas turi proto jį suprasti. Ir kai pamato, kad jokio tokio galingumo argumento neregėti, jie niurna, jog jurisprudencija yra tik subjektyvi. Tada galiausiai jie grįžta prie savo mezginių – argumentų teikimo, pripažinimo, atrėmimo, atmetimo normaliu būdu, atsižvelgimo į įsitikinimus, svarbius sprendžiant, kuris iš konkuruojančių teisinės praktikos paaiškinimų teikia geriausią tos praktikos pateisinimą, jų peržiūrėjimo, naudojimo. Mano patarimas yra tiesus: šis preliminarus skepticizmo šokis yra kvailas ir

brangiai atsieinantis; jis nei kuo prisideda prie egzistuojančios veiklos, nei ką iš jos pašalina. Vienintelis šio to vertas skepticizmas yra vidinis skepticizmas, o šio privaloma kaina yra to paties ginčijamo pobūdžio argumentai, kaip argumentai, kuriems jis oponuoja, o ne argumentai, skelbiami iš anksto kokios nors pretenzijos į stačiai smūgiuojančią empirinę metafiziką vardu.

Savąjį interpretacijos ir teisės studijavimą turime tęsti šia linkme. Aš pateiksiu argumentų apie tai, kas vieną socialinės elgsenos interpretaciją daro geresnę už kitą, ir apie tai, koks teisės paaiškinimas teikia labiausiai patenkinamą tos sudėtingos ir lemiamos svarbos elgsenos interpretaciją. Šie argumentai nebus – nes negali būti – įrodymai. Jie kviečia nepritarti, ir nors nebus neteisinga atsakyti „tačiau tai tik jūsų nuomonė", tai jokiu atžvilgiu nebus ir naudinga. Tuomet jūs turite savęs paklausti, ar – po refleksijos – tai yra ir jūsų nuomonė. Jeigu taip, jūs manysite, kad mano argumentai ir išvados yra pagrįsti ir kad kiti, konfliktuojantys su šiais, yra nepagrįsti ir neteisingi. Jeigu jūsų nuomonė kitokia, tai jums teks pasakyti kodėl, atremti mano argumentus arba nuogus įsitikinimus savaisiais. Mat aptariamoji elgsena yra atskleidimo procesas bent jau štai kokia prasme: joje atskleidžiama, kuri pažiūra į mūsų diskutuojamus suverenius dalykus geriausiai dera su pažiūromis į mūsų bendrų elgsenų geriausią paaiškinimą, kurias kiekvienas iš mūsų, kartu ar atskirai, turime ir išlaikome.

3. Peržiūrėta jurisprudencija

NAUJAS VAIZDAS

Mes ištraukėme semantinį geluonį ir mums nebereikalinga teisinės praktikos karikatūra, kurią teikia semantinės teorijos. Dabar mes galime matyti aiškiau, ir štai ką matome. Teisė yra interpretacinė sąvoka, tokia kaip pagarbumas mano įsivaizduotame pavyzdyje. Teisėjai paprastai pripažįsta pareigą tęsti, o ne diskredituoti praktiką, į kurią jie įsitraukė. Todėl atsiliepdami į savo pačių įsitikinimus ir instinktus, jie plėtoja darbines teorijas apie geriausią jų prievolių tos praktikos atžvilgiu interpretaciją. Kai jie nesutaria tuo būdu, kurį pavadinau teoriniu, jų nesutarimai yra interpretaciniai. Jie nesutaria – makrolygmeniu ar subtilių detalių lygmeniu – dėl kokio nors rūpimo teisminės praktikos aspekto įtikinamiausios interpretacijos. Tad Elmerio lemtis priklausys nuo interpretacinių įsitikinimų konkrečios teisėjų komandos, kuri sprendžia jo atvejį. Jeigu teisėjas mano, kad iš geriausios interpretacijos to, ką teisėjams būdinga daryti su įstatymais, plaukia, jog jis niekuomet neturi paisyti įstatymų kūrėjų intencijų, tai visai galimas dalykas, kad jis priims sprendimą Elmerio naudai. Tačiau jeigu, priešingai, jis mano, kad geriausia interpretacija reikalauja iš jo paisyti jų intencijų, tai jis greičiausiai priims sprendimą Gonerilės ir Regan naudai. Jeigu Elmerio byla patenka į rankas teisėjui, kuris dar nemąstė šiuo – interpretacijos – klausimu, tas teisėjas tuomet turės tai padaryti, ir abiejose pusėse jis ras teisininkų, nusiteikusių padėti. Besibylinėjantiems stovint prieš teismą, interpretacijos rungiasi viena su kita.

Kiekvieno teisėjo interpretacinės teorijos yra pagrįstos jo įsitikinimais dėl teisinės praktikos kaip visumos „prasmės“ – pateisinančio tikslo ar siekio, ar principo – ir šie įsitikinimai neišvengiamai

skirsis, bent jau detalėmis, nuo kitų teisėjų įsitikinimų. Vis dėlto įvairios galios švelnina šiuos skirtumus ir stumia konvergencijos link. Kiekviena bendruomenė turi teisės paradigmas, propozicijas, kurių beveik neįmanoma kvestionuoti sykiu nesugestijuojant pagedimo ar ignorancijos. Bet kuris amerikiečių ar britų teisėjas, kuris neigtų, kad greičio normos yra teisės dalis, būtų pakeistas, ir šis faktas atbaido radikalias interpretacijas. Tačiau pačios galingiausios įtakos, skatinančios konvergenciją, yra vidujai būdingos interpretacijos pobūdžiui. Precedento praktika, kurios negali visiškai ignoruoti jokio teisėjo interpretacija, spaudžia sutarimo linkme; kiekvieno teisėjo teorijos apie tai, kas iš tikrųjų yra teisimas, referenciškai – per bet kokį to precedento paaiškinimą ar restruktūravimą, dėl kurio jis apsisprendžia, – inkorporuos kitų tą dieną populiarių interpretacijų aspektus. Be to, teisėjai galvoja apie teisę iš visuomenės vidaus, o ne atskirai nuo jos; bendra intelektualinė aplinka, kaip ir bendra kalba, kuri reflektuoja ir saugo tą aplinką, praktiškai varžo idiosinkraziją ir konceptualiai varžo vaizduotę. Neišvengiamas formalaus teisinio lavinimo bei teisėjų atrankos teismo ir administravimo pareigoms proceso konservatizmas teikia papildomą įcentrinį spaudimą.

Būtų klaida ignoruoti šiuos įvairius unifikuojančius ir socializuojančius veiksnius, tačiau klastingesnė ir pavojingesnė klaida yra pernelyg sureikšminti jų galią. Interpretacijos dinamika rezistuoja konvergencijai, lygiai kaip ją skatina, ir išcentrinės jėgos yra ypač stiprios tada, kai profesinė, kaip ir platesnė bendruomenė nesutaria dėl teisingumo. Skirtingi teisėjai priklauso skirtingoms ir konkuruojančioms politinėms tradicijoms, ir skirtingų teisėjų interpretacijų ginklų aštrumas priklausys nuo skirtingų ideologijų. Tačiau tai nėra smerktina. Priešingai, teisės galia stiprėja, kai ji yra jautri savo intelektualinių šaltinių trintims ir įtampoms. Teisė sugriūtų, jeigu įvairios interpretacinės teorijos, turinčios vaidmenį teisme ir auditorijoje, pernelyg diverguotų bet kurioje vienoje generacijoje. Galbūt bendras to pavojaus jausmas teikia dar vieną priežastį, kodėl jos nediverguoja. Tačiau teisė stagnuotų, taigi sugriūtų kitu bū-

du, jeigu ji virstų runiškuoju tradicionalizmu, kurį aš įsivaizdavau kaip galutinę pagarbumo lemtį.

Mes galime pasirinkti labiau ilgalaikę mūsų teisinės kultūros perspektyvą, stebėdami, kaip jos bendras pobūdis kinta per laiką. Tam tikri interpretaciniai sprendimai, įskaitant pažiūras apie teisėkūros ir precedento esmę ir galią, yra labai populiarūs kurį laiką, ir jų populiarumas, palaikomas normalios intelektualinės inercijos, skatina teisėjus laikyti juos nustatytais visiems praktiniams tikslams. Jie tuo metu yra paradigmos ir kvaziparadigmos. Tačiau tuo pat metu kiti klausimai, galbūt tokie pat fundamentalūs, yra debatų ir kontroversijų dalykas. Galbūt ištisus dešimtmečius joks teisėjas nekvestionuoja – ar net negalvoja apie kvestionavimą – doktrinos, kad konkrečių teisės kūrėjų intencijos yra nerelevantiškos nustatant įstatymo, kurį jie išleido, reikšmę. Visi sutaria, kad jo reikšmę turi determinuoti tik įstatymo žodžiai, ignoruojant bet kokią nuorodą, kad teisės kūrėjai neturėjo galvoje to, ką sako žodžiai. Tačiau tuo pačiu periodu gali būti kontroversiška tai, ar įstatymo žodžiai turėtų būti suprantami rekontekstiškai, kaip kad juos galėtume suprasti, nieko nežinodami apie situaciją, apie kurią kalba įstatymas, ar, priešingai, kontekstiškai, kaip dauguma žmonių toje situacijoje juos suprastų. Galbūt ištisus dešimtmečius niekas neabejoja, kad teismai gali įkalinti žmones, kurie blogai elgiasi bendruomenės populiariosios moralės požiūriu, nesvarbu ar jų aktai legislatūros yra paskelbti nusikalstamais ar ne. Tačiau tuo pačiu laiku gali būti didžiai nesutariama, ar teismai gali deramai įgyvendinti turto mokesčio įstatymą, kuris buvo priimtas tik kai juo apmokestinamas turtas jau buvo sukauptas. Tačiau šis sutarimo ir nesutarimo modelis yra laikinas. Staiga tai, kas atrodė nekvestionuojama, kvestionuojama, nauja ar net radikali kokios nors svarbios teisinės praktikos dalies interpretacija yra išplėtojama kieno nors kabinetuose ar studijose ir įgyja „progresyvios“ mažumos prielankumą. Paradigmos sulaužomos, ir atsiranda naujos paradigmos. Tai yra tie keli elementai mūsų naujam teisėjavimo skersinio pjūvio ir jo laikinio proceso vaizdui. Senasis akivaizdaus fakto vaizdas, nusakytas 1-ame skyriuje, mums liepė teisėjų nuomonių, ku-

rias jie parašo sunkiosiose bylose, nesuvokti tiesiogiai; naujasis vaizdas turi tą išskirtinę dorybę, kad leidžia mums iš naujo patikėti tuo, ką sako mūsų teisėjai.

TEISĖS SĄVOKOS IR SAMPRATOS

Teisės filosofai yra tokioje pačioje situacijoje kaip teisingumo filosofai ir mūsų įsivaizduotas pagarbumo filosofas. Jie negali produkuoti naudingų semantinių teisės teorijų. Jie negali parodyti bendrų kriterijų arba pamatinių normų, kuriomis teisininkai vadovaujasi tvirtindami teisines etiketes faktams, nes tokių normų nėra. Bendros teisės teorijos, kaip ir bendros pagarbumo ir teisingumo teorijos, turi būti abstrakčios, nes jos siekia interpretuoti teisinės praktikos pagrindinę prasmę ir struktūrą, o ne kokią nors atskirą jos dalį ar padalinį. Tačiau nepaisant viso jų abstraktumo, jos yra konstruktyvios interpretacijos: jie mėgina teisinę praktiką kaip visumą parodyti geriausioje šviesoje, pasiekti pusiausvyrą tarp teisinės praktikos, kokią jie ją randa, ir geriausio tos praktikos pateisinimo. Taigi jokia tvirta linija neskiria jurisprudencijos nuo teisėjavimo ar bet kurio kito teisinės praktikos aspekto. Teisės filosofai diskutuoja dėl bendrosios dalies, interpretacinio pamato, kurį privalo turėti bet kuris teisinis argumentas. Šią monetą galime apversti. Bet kuris praktinis teisinis argumentas, nesvarbu kiek detalizuotas ar ribotas, presuponuoja tokį abstraktų pamatą, kokį teikia jurisprudencija, ir kai priešiški pagrindai konkuruoja, teisinis argumentas priima vieną ir atmeta kitus. Taigi bet kuri teisėjo nuomonė pati yra teisės filosofijos fragmentas, net kai ta filosofija yra paslėpta, o akivaizdžiam argumentui daro poveikį nuorodos ir faktų sąrašas. Jurisprudencija yra bendroji teisėjavimo dalis, nebylus visokio teisės sprendimo prologas.

Teisė negali klestėti kaip interpretacinis projektas jokioje bendruomenėje, jeigu nesama pakankamai pradinio sutarimo dėl to, kokios praktikos yra legalios praktikos, kuriam esant teisininkai ginčijasi dėl geriausios apytiksliai tų pačių duomenų interpretacijos. Tai yra praktinis bet kokios interpretacinės veiklos reikalavimas: būtų

beprasmiška dviem kritikams ginčytis dėl geriausios eilėraščio interpretacijos, jeigu vienas turi galvoje *Plaukiant į Bizantiją (Sailing to Byzantium)* tekstą, o kitas – *Melagė Matilda (Mathilda Who Told Lies)* tekstą. Nenoriu pasakyti, jog visi teisininkai visur ir visada privalo sutarti dėl to, kurios būtent praktikos turi būti laikomos teisinėmis praktikomis, o vien tai, kad bet kurios kultūros, kur interpretacinė laikysena sėkminga, teisininkai turi, apskritai imant, sutarti bet kuriuo vienu metu. Mes visi įžengiame į interpretacinės praktikos istoriją tam tikrame taške: šia prasme būtinas preinterpretacinis sutarimas yra grupinis ir lokalus.

Iš tikrųjų mes nepatiriame sunkumų kolektyviai identifikuodami praktikas, kurios laikytinos teisinėmis praktikomis mūsiškėje kultūroje. Mes turime legislatūras ir teismus, ir administracines žinybas, ir institucijas, o sprendimai, kuriuos priima šios institucijos, yra pranešami kanoniniu būdu. Jungtinėse Valstijose mes turime taip pat ir Konstituciją. Kiekvienas teisininkas įsitraukia jau esant šiam aparatui ir bendram supratimui, kad drauge šios institucijos sudaro mūsų teisinę sistemą. Būtų klaida – įsisenėjusi infekcija nuo semantinio geluonies – manyti, kad mes šias institucijas identifikuojame remdamiesi kokia nors mums bendra ir intelektiškai patenkinama definicija to, kas teisinė sistema būtinai yra ir kokios institucijos ją būtinai sudaro.[1] Mūsų kultūra suteikia mums teisines institucijas ir idėją, kad jos sudaro sistemą. Klausimas, kokie jų turimi bruožai susieja jas į atskirą teisinę sistemą, yra interpretacinės problemos dalis. Tai yra dalis kontroversiško ir neužtikrinto reikšmės priskyrimo tam, ką mes randame, proceso, o ne preinterpretacinės struktūros duotybė.

Mes taip pat turime teisines paradigmas, tokią teisės propoziciją kaip Kelių kodeksas, kurias laikome teisingomis, jei apskritai kurias nors laikome teisingomis; interpretacija, kuri jas neigia, dėl šios priežasties bus didžiai įtartina. Šios paradigmos teikia pavidalą ir kozirius interpretaciniams debatams apie teisę. Jos daro galimą standartinę argumento formą: argumentą, siekiantį testuoti ar sutrikdyti interpretaciją, ją supriešinant su paradigma, kurios ji negali paaiškinti. Tačiau teisėje paradigmos nėra teisingesnės „pagal apibrėžimą“ nei

pagarbumo ar teisingumo atveju. Tas, kuris neigia, jog Kelių kodeksas yra teisė, nepriešTarauja sau, taip pat jis nekalba taip, kad niekas negalėtų suprasti jo minčių.[2] Tiesą sakant, mes jį suprantame net pernelyg gerai, ir nėra neįsivaizduojama (nors tai yra mažai tikėtina), kad jis pajėgs apginti savo pažiūrą radikalia teisinės praktikos interpretacija, kuri šiaip yra tokia įtaigi, jog įtikina mus atsisakyti to, kas iki tol buvo kardinali paradigma. Kad jo pažiūros iš tikrųjų yra nonsensas, kaip įtariame, mes negalime įsitikinti niekaip kitaip, kaip tik jį išklausydami ir nustatydami, ar mes pritariame jo įsitikinimui. Jeigu mes liekame įsitikinę, kad jo pažiūros net tik yra neteisingos, bet ir yra fundamentaliai klaidingos, kad jo radikali interpretacija pražiūrėjo kokį nors esminį momentą, kurį visokia sėkminga interpretacija privalo pripažinti, tai to mums pakaks sakyti, kad jo pažiūros yra absurdiškos. Nėra reikalo pridurti dramatiškesnio, tačiau klaidingo kaltinimo, skatinamo semantinio geluonies: kad jo klaida yra verbalinė arba konceptualinė. Mes manysime jį didžiai klystant, tačiau klystant ne kitokiu būdu nei kiti teiginiai, kuriuos mes atmetame, tačiau manome esant ne tokius absurdiškus.

Taigi teisės filosofas savo darbą pradeda naudodamasi gana nekontroversiška preinterpretacine teisės srities identifikacija ir iš pradžių pasitelkia bandomąsias paradigmas savo argumentui paremti ir įprastiniu būdu sutrikdyti varžovus. Dabar kyla klausimas, ar jis ir jo varžovai galėtų sutarti taip pat ir dėl to, ką aš, aptardamas pagarbumą ir teisingumą, vadinau jų institucijos centrinės sąvokos išdėstymu, kuris juos įgalins savo argumentus suprasti kaip turinčius tam tikrą struktūrą, kaip argumentus prieš konkuruojančias tos sąvokos sampratas. Konceptualus šios rūšies teiginys būtų pravartus keletu atžvilgiu. Lygiai kaip pagarbumo elgseną vienu jos karjeros etapu mes geriau supratome rasdami bendrą sutarimą dėl abstrakčios propozicijos, kad pagarbumas yra pagarbos dalykas, mes galėtume geriau suprasti teisę, jeigu galėtume rasti panašų teisės prasmės, kurią pripažįsta dauguma teisės teoretikų, abstraktų aprašymą, kad jų argumentus būtų galima suvokti atsispiriant nuo jo teikiamo pamato.

Nei jurisprudencija, nei tolesni mano argumentai šioje knygoje nepriklauso nuo tokio abstraktaus aprašymo radimo. Politinė filosofija, kaip sakiau, klesti nepaisant mūsų sunkumų ieškant kokio nors adekvataus teisingumo sąvokos nusakymo. Nepaisant to, kaip abstraktų paaiškinimą, kuris organizuoja tolesnį argumentą dėl teisės pobūdžio, aš sakau štai ką. Valdžios turi tikslų: jos siekia savo valdomas tautas padaryti klestinčias arba galingas, arba religingas, arba iškilias; taip pat jos siekia išlikti valdžioje. Šiems ir kitiems tikslams jos naudoja kolektyvinę jėgą, kurios turi monopolį. Aš įrodinėju, kad mūsų diskusijos apie teisę, apskritai imant, remiasi prielaida, jog pats abstrakčiausias ir fundamentaliausias teisinės praktikos tikslas yra nukreipti ir varžyti valdžios galią štai kokiu būdu. Teisė reikalauja naudoti galią – arba susilaikyti nuo jos naudojimo – tik tuo mastu, kurį leidžia arba kurio reikalauja individualios teisės ir prievolės, kylančios iš praeities politinių sprendimų apie tai, kada kolektyvinė galia yra pateisinama, – nepaisant to, kaip naudinga tai būtų turimų tikslų atžvilgiu, ir to, kokią naudą teikia ar kokie kilnūs yra tie tikslai.

Bendruomenės teisė, pagal šitą aiškinimą, yra teisių ir prievolių, kurios atitinka tą sudėtingą standartą, schema: jos legitimuoja prievartą, nes kyla iš deramos rūšies praeities sprendimų. Todėl jos yra „legalios" teisės ir prievolės. Ši teisės sąvokos charakterizacija vykusiai grakščia forma išdėsto tai, kas kartais vadinama teisės „valdžia". Ji yra suderinama su dideliu kiekiu konkuruojančių teiginių apie tai, kokios būtent teisės ir prievolės – anapus tos dienos paradigmų – iš tikro kyla iš deramos rūšies praeities politinių sprendimų ir dėl to legitimuoja ar reikalauja prievartinio diegimo. Todėl ji atrodo gana abstrakti ir nekontroversiška, kad suteiktų, bent jau laikinai, tą struktūrą, kurios mes ieškome. Be abejo, esama šio teiginio išimčių, teorijų, kurios kvestionuoja, o ne plėtoja jo presuponuojamą sąsają tarp teisės ir prievartos pateisinimo. Tačiau ne tiek daug, kaip galėtų pasirodyti iš pirmo žvilgsnio.[3]

Teisės sampratos išgrynina pradinę, nekontroversišką interpretaciją, kurią, kaip ką tik aiškinau, teikia mūsų teisės sąvoka. Kiekviena samprata suteikia susietus atsakymus į tris, tos sąvokos keliamus klau-

simus. Pirma, ar tariama sąsaja tarp teisės ir prievartos yra apskritai pateisinama? Ar esama kokios prasmės reikalauti viešąją galią naudoti tik tais būdais, kurie dera su teisėmis ir prievolėmis, „plaukiančiomis" iš praeities politinių sprendimų? Antra, jeigu tokios prasmės esama, kokia ji? Trečia, koks žodžių „plaukia iš" perskaitymas – kokia dermės su praeities sprendimais samprata – geriausiai ją [tą prasmę] atitinka? Atsakymas, kurį samprata teikia į šį trečią klausimą, apibrėžia konkrečias juridines teises ir prievoles, kurias ji pripažįsta.

Keliuose tolesniuose skyriuose mes studijuosime tris besirungiančias teisės sampratas, tris abstrakčias mūsų teisinės praktikos interpretacijas, kurias aš sąmoningai konstravau pagal šį modelį kaip atsakymus į šią klausimų grupę. Šios sampratos yra naujoviškos vienu atžvilgiu. Jos nėra sumanytos rungtis būtent su tomis mano aprašytomis 1-ame skyriuje jurisprudencijos mokyklomis, ir greičiausiai joks teisės filosofas nė vienos iš dviejų pirmųjų negintų tiksliai tokių, kaip aš jas aprašau. Tačiau kiekvienas toje literatūroje dominuojančias temas ir idėjas, dabar suvokia pateikiamus kaip interpretacinius, o ne semantinius teiginius, ir todėl ginčas tarp jų yra labiau pamokomas nei išsikvėpę mūšiai tarp tekstų. Pirmą iš šių trijų sampratų aš vadinsiu „konvencionalizmu", antrą – „teisiniu pragmatizmu", o trečią – „teisės kaip integruotos visumos" samprata. Aš teigsiu, kad pirmoji iš jų, nors iš pradžių atrodo atspindinti paprasto piliečio teisės supratimą, yra silpniausia; kad antroji yra stipresnė ir gali būti paneigta tik kai mūsų argumentacijos laukas išsiplečia tiek, kad apimtų politinę filosofiją; ir kad trečioji, atsižvelgiant į viską, yra geriausia interpretacija to, ką teisininkai, teisės dėstytojai ir teisėjai iš tikrųjų daro, ir daug ko iš to, ką jie sako.

Į pirmą klausimą, iškeltą mūsų „konceptualaus" teisės aprašymo, konvencionalizmas teikia teigiamą atsakymą. Jis pripažįsta teisės ir juridinių teisių idėją. Atsakydamas į antrą klausimą, jis argumentuoja, kad teisės varžto, mūsų turimos priežasties reikalauti, jog jėga būtų naudojama tik tokiais būdais, kurie dera su praeities politiniais sprendimais, prasmę išsemia prognozuojamumas ir procedūrinis teisingumas, kurį šis varžtas teikia, nors, kaip matysime, konvenciona-

listai nesutaria dėl to, kas būtent sudaro saitą tarp teisės ir šių dorybių. Atsakydamas į trečiąjį klausimą, jis teikia į labai griežtą reglamentą apeliuojantį paaiškinimą tos nuoseklumo formos, kurios mes turėtume reikalauti praeities sprendimų atžvilgiu: teisė ar prievolė plaukia iš praeities sprendimų, tik jeigu ji juose yra eksplicitiškai suformuluota arba gali būti padaryta eksplicitiška metodais ir technikomis, konvenciškai pripažįstamomis profesionalų teisininkų kaip visumos. Politinė moralė, pagal konvencionalizmą, nereikalauja jokios papildomos pagarbos praeičiai, tad kai konvencijos galia išsemiama, teisėjai turi rasti kokį nors į ateitį orientuotą *(forward-looking)* sprendimo pagrindą.

Teisinis pragmatizmas, mano konceptualinės sugestijos požiūriu, yra skeptinė teisės koncepcija. Į pirmąjį klausimą, kurį vardydamas paminėjau negatyviai, jis atsako taip: jis neigia, kad bendruomenė užsitikrina kokią nors tikrą naudą reikalaudama, jog teisėjo teisminiai sprendimai būtų kontroliuojami kokios nors tariamos besibylinėjančiųjų teisės į [sprendimo] dermę su kitais praeityje priimtais politiniais sprendimais. Jis teikia visai kitokią mūsų teisinės praktikos interpretaciją: kad teisėjai priima ir turi priimti tokius sprendimus, kurie jiems atrodo geriausi bendruomenės ateičiai, jokios dermės su praeitimi formos nelaikydami vertingos savaime. Taigi pragmatistai, griežtai kalbant, atmeta teisės ir juridinės teisės idėją, pasitelktą mano teisės sąvokos aiškinime[4], nors, kaip matysime, jie tvirtina, kad strateginiai sumetimai iš teisėjų kartais reikalauja veikti taip, „tarsi" žmonės turi kokių nors juridinių teisių.

Kaip ir konvencionalizmas, samprata, anot kurios, teisė yra integruota visuma, be jokių išlygų pripažįsta teisę ir juridines teises. Tačiau į antrąjį klausimą ji atsako visiškai kitaip. Ji taria, kad teisės varžtai teikia naudą visuomenei ne tik užtikrindami numatomumą ar procedūrinį teisingumą ar kokiu kitu instrumentiniu būdu, o užtikrindama tokios rūšies lygybę tarp piliečių, kuri daro jų bendruomenę tvirtesnę ir pagerina jos moralinį pasiteisinimą dėl politinės galios naudojimo. Sampratos, anot kurios, teisė yra integruota visuma, atsakymas į trečiąjį klausimą – dermės su praeities politiniais

sprendimais, kurios reikalauja teisė, pobūdžio paaiškinimas – yra atitinkamai skirtingas nuo atsakymo, kurį teikia konvencionalizmas. Jis tvirtina, kad teisės ir prievolės plaukia iš praeities sprendimų ir todėl galioja kaip juridinės ne tik tada, kai jos yra tuose sprendimuose aiškiai suformuluotos, bet taip pat tada, kai jos, kaip pateisinimas, plaukia iš asmeninės ir politinės moralės, kurią suponuoja aiškūs sprendimai, principų.

Tai yra tik trijų bendrų teisės sampratų, kurias mes studijuosime, skeletas. Jų mėsa ir šarvai bus pristatyti netrukus.

Teisė ir moralė

Pagrindinis mano prielaidos, jog teisinės teorijos argumentus geriausia suprasti kaip argumentus apie tai, kokiu mastu ir kokiu būdu praeities politiniai sprendimai teikia būtiną viešosios prievartos naudojimo sąlygą, patikrinimas mūsų laukia ateityje, kai būsime išplėtoję ir palyginę tris ką tik aprašytas teisės koncepcijas. Tačiau dabar galime pažymėti, kaip ši prielaida mums padeda kai kuriuos klasikinius jurisprudencijos galvosūkius performuluoti daugiau aiškumo teikiančiu būdu, įgalinančiu atskleisti realias problemas, kurias klasikiniai tekstai dažnai užtemdo. Jeigu mūsų bendruomenė iš tiesų pritaria abstrakčiai „konceptualinei" idėjai, kad juridinės teisės yra tos, kurios plaukia iš praeities politinių sprendimų sutinkamai su geriausia interpretacija to, ką šitai reiškia, tai šitai padeda paaiškinti sudėtingą teisės ir kitų socialinių fenomenų santykį. Kaip bendruomenės teisė skiriasi nuo jos populiariosios moralės ar tradicinių vertybių? Kaip ji skiriasi nuo to, ko tikras teisingumas reikalauja iš kiekvienos valstybės, kad ir kokie būtų jos populiarieji įsitikinimai ar tradicijos? Mūsų konceptualusis paaiškinimas teikia štai kokį trumpą atsakymą į abu šiuos klausimus: ji skiriasi nuo viena ir nuo kita, nes jos turinys gali priklausyti nuo ko kita.

Turiu paaiškinti šį mįslingą teiginį. Tarkime, jog kaip bendruomenės „populiariąją moralę" mes identifikuojame nuomonių apie teisingumą ir kitas politines ir asmenines dorybes kompleksą, nuo-

monių, kurias dauguma tos bendruomenės – ar galbūt kokio nors moralinio elito jos viduje – narių laiko asmeninio įsitikinimo dalyku. Ir tarkime, kad mes identifikuojame kaip jos „moralines tradicijas" jos populiariąją moralę per tam tikrą pakankamai ilgą istorinį laikotarpį, įskaitant dabartį. 5 perskyra tuomet yra gana tiesmuka: tarp šių idėjų ir bendruomenės teisės. Teisė bendruomenei priklauso ne tiesiog pasyviai – dėl to, kad jos nariai laikosi tam tikrų pažiūrų apie tai, kas yra gerai ar blogai, – bet kaip aktyvaus įsipareigojimo dalykas, nes jos pareigūnai yra priėmę sprendimus, saistančius bendruomenę teisėmis ir pareigomis, kurios sudaro teisę. Tačiau individuali teisės samprata klausimą, kokios teisės ir pareigos plaukia iš praeities politinių sprendimų, vis vien gali padaryti kokiu nors būdu priklausomą nuo populiariosios moralės, ne tik nuo detalaus tų sprendimų turinio. Arba ji gali neigti, kad tokios sąsajos esama. Teisės sąvoka, suprantama taip, kaip aš aiškinau, pati yra neutrali tų konkuruojančių sąsajos tarp bendruomenės viešpataujančių nuomonių ir jos teisinių įsipareigojimų paaiškinimų atžvilgiu, nes ji už juos abstraktesnė.

Teisė taip pat skiriasi nuo teisingumo. Teisingumas yra teisingos ar geriausios moralinių ir politinių teisių teorijos dalykas, ir kiekvieno teisingumo samprata yra jo teorija, reikalaujama jo paties asmeninių įsitikinimų apie tai, kokios šios teisės iš tikrųjų yra. Teisė yra dalykas to, kurios tariamos teisės teikia kolektyvinės valstybės jėgos naudojimo ar susilaikymo nuo naudojimo pateisinimą dėl to, kad jos yra įtrauktos į esamus politinius praeities sprendimus ar jų implikuojamos. Tačiau – dar kartą – šis skirtumo nusakymas yra neutralus įvairių teorijų apie vaidmenį, kurį asmens įsitikinimai dėl teisingumo turėtų vaidinti jam ugdant savo įsitikinimus apie teisę, atžvilgiu. Sąvoka kaip įmanomas sampratas daro galimas teorijas, kurios tvirtina, kad kai politinio sprendimo turinys yra kokia nors prasme neaiškus, teisingumas atlieka vaidmenį sprendžiant, kokios juridinės teisės iš tikrųjų plaukia iš to sprendimo. Kitaip tariant, sąvoka daro galimas sampratas, primenančias kai kurias iš teorijų, kurias 1-ame skyriuje pavadinau prigimtinės teisės teorijomis, tačiau sutinkamai

su mūsų nauju vaizdu jos yra ne semantinės teorijos, o teisės praktikos bendros interpretacijos. Ji taip pat įgalina oponuoti sampratoms, kurios atmeta šią teisingumo įtakos teisei prielaidą ir šitaip mums primena teisinį pozityvizmą. Ji taip pat daro galimas ir skeptines sampratas, tokias kaip teisinis pragmatizmas, kuris tvirtina, kad teisė, suvokta kaip teisių, turinčių viršenybę to, ko šiaip reikalautų prospektyvus teisingumas, atžvilgiu, dalykas, yra tuščia.

Taigi prielaida, kad pati bendriausia teisės prasmė, jei ji tokią apskritai turi, yra nustatyti pateisinančią sąsają tarp praeities politinių sprendimų ir dabarties prievartinių priemonių, parodo senus debatus apie teisę ir moralę naujoje šviesoje. Jurisprudencijos tekstuose tie debatai piešiami kaip ginčas tarp dviejų semantinių teorijų: pozityvizmo, tvirtinančio, kad semantinės normos, kurias visi pripažįsta vartodami „teisės" terminą, teisę ir moralę daro absoliučiai aiškias, ir prigimtinės teisės, tvirtinančios – priešingai, – kad jos [teisė ir moralė] yra šių semantinių normų vienijamos. Iš tikrųjų šie seni debatai yra prasmingi tik jeigu jie suprantami kaip ginčas tarp skirtingų politinių teorijų, ginčas apie tai, kokiu mastu ta presuponuojama teisės prasmė reikalauja ar leidžia, kad piliečių ir pareigūnų pažiūros apie teisingumą atsispindėtų jų nuomonėse apie tai, kokios juridinės teisės yra sukurtos praeities politinių sprendimų. Šis argumentas toli gražu nėra konceptualus mūsų prasme, o yra interpretacinių debatų tarp priešiškų teisės koncepcijų dalis.

Sampratos anatomija

Presuponuojama sąsaja tarp teisės ir prievartos yra ir naudingas orientyras, kokios neskeptinių teisės koncepcijų, tokių kaip konvencionalizmas ir teisės kaip integruotos visumos samprata, struktūros ar anatomijos galima tikėtis. Kiekviena tokia koncepcija kaip savo organizuojamąją idėją pasitelks kokį nors aiškinimą to, kaip teisės praktikos, kurios apibūdina praeities politinius sprendimus, prisideda prie kolektyvinės prievartinės galios pateisinimo. Mes jau žinome, kokios tai praktikos. Teisėkūra – specialių institucijų konkrečių sprendimų,

kuriuos plačiai manoma turint tą galią, pripažinimo teise praktika – yra iškili mūsų teisinio landšafto dalis, ir jokia samprata negali jos ignoruoti. Taigi kiekviena kompetentinga samprata turi apimti kokį nors atsakymą į klausimą, kodėl, kaip politinės moralės dalykas, legislatyvinių institucijų praeities sprendimai turėtų turėti tą pateisinamąją galią, kurią joms suteikia ta koncepcija. Precedentas taip pat turi iškilią vietą mūsų praktikose: teismų praeities sprendimai galioja kaip juridinių teisių šaltiniai. Taigi kiekviena kompetentinga samprata turi pateikti kokį nors atsakymą į klausimą, kodėl praeities teisėjo sprendimas pats savaime turi teikti pagrindą kitiems pareigūnams panašiam valstybinės galios naudojimui vėliau.

Jokia samprata neturi pateisinti kiekvieno politinių praktikų, kurių interpretaciją ji siūlo, bruožo: kaip bet kuri interpretacija, ji gali atmesti kai kuriuos iš savo duomenų kaip klaidas, kaip nederančius su tuo pateisinimu, kurį ji siūlo likusiems duomenims, ir galbūt pasiūlyti, kad šio klaidingo traktavimo būtų atsisakyta tuo etapu, kurį aš 2-ame skyriuje pavadinau pointerpretacine stadija. Pavyzdžiui, teisės samprata gali mėginti parodyti, kad teisėkūros paaiškinimas, kuris teikia geriausią tos institucijos pateisinimą, reikalauja – priešingai nei dabar vyraujanti praktika – kad seni ir nebegaliojantys įstatymai būtų traktuojami kaip nebe teisė. Teisės sampratos bus kontroversiškos tik dėl to, kad savo pointerpretaciniais aiškinimais jos skirsis šiuo atžvilgiu nuo teisinės praktikos, t. y. savo nuomonėmis dėl teisingo būdo taikyti ar išplėsti praktiką sritims, šiuo metu ginčijamoms ar nekultivuojamoms. Šie kontroversiški pointerpretaciniai teiginiai yra teisės sampratos ginklai, todėl sunkieji atvejai, tokie kaip mūsų parinktieji pavyzdiniai atvejai, teikia geriausią erdvę jų galiai parodyti.

Štai keletas klausimų, kontroversiškų mūsiškėje praktikoje, kurių turi imtis išplėtota teisės koncepcija savo pointerpetacinėje stadijoje. Turint omenyje sampratos teikiamą bendrą, pagrindžiamąją pagrindinių teisėkūros ir precedento linijų interpretaciją, ką dera daryti, kai įstatymo tekstas yra neaiškus? Kas yra lemiama: „akivaizdžioji“ ar „pažodinė“ žodžių, pavartotų užrašant sprendimą ar intencijas,

reikšmė ar pareigūnų, priėmusių tą sprendimą, tikslai? Kas yra „tiesioginė" prasmė? Ką čia reiškia „intencija" ir „tikslas"? Kaip galime suprasti kolektyvinį tikslą ar intenciją? Ar legislatyvinio arba teisminio sprendimo turinys pranoksta konkrečias jo autorių intencijas, apimdamas klausimus, kurie yra analogiški arba kokiu nors būdu artimai susiję? Ar gali legislatyviniai ar teisminiai sprendimai būti priimti implicitiškai, taip sakant, laikantis vidinės ribotesnių sprendimų logikos, kuriuos tie pareigūnai iš tikro turėjo galvoje? Tarkime, jog teisės kūrėjai prieš daug laiko nusprendė, kad žmonės, kurie neatidžiai važiuoja karietomis, turi kompensuoti tiems, kuriuos jie partrenkia. Ar šis sprendimas jau apima tolesnį sprendimą, kad žmonės, kurie neatidžiai vairuoja automobilius, yra atsakingi tuo pat būdu?

Ar šitai priklauso nuo to, koks pareigūnas priėmė šį sprendimą ir kokiame kontekste? Galbūt legislatyvinį sprendimą dera suprasti siauriau, ir tuomet bus būtinas naujas teisėkūros aktas, kuriuo norma išplečiama automobiliams, tačiau jeigu teisėjas įtvirtino normą apie vežimus, automobiliams ji turi galioti automatiškai, bent jau tuomet, kai visi argumentai jo pradinio sprendimo naudai galioja ir automobiliams. Ar ta priežastis, dėl kurios legislatyviniai ir teisminiai sprendimai teikia validžias licencijas valstybinei prievartai, galioja ir skirtingoms komunalinio sprendimo formoms? Ar normos ir principai, apimami bendruomenės konvencinės moralės mano aprašyta reduktyvia sociologine prasme, turėtų būti laikomos politiniais sprendimais? Jeigu beveik kiekvienas mano – yra asmeniškai įsitikinęs, – kad žudikams neturėtų būti leidžiama paveldėti, ar iš to plaukia, kad ir šitai, drauge su kompetentingos legislatūros ir praeities teisminiais sprendimais, pateisina valstybės neigiamą atsakymą Elmeriui dėl jo palikimo?

Tai tik pradžia ilgo klausimų sąrašo, kuriuos svarstytų patenkinama pagrindžiamoji mūsiškės teisinės praktikos interpretacija. Kiekvienas klausimas kelia daugybę kitų, ir kiekviena tokios rūšies interpretacija yra būtinai atvira ir neužbaigta. Ji taip pat turi būti vidujai sudėtinga ir su vidinėmis nuorodomis. Į kitus šio sąrašo klausimus

ir į didžiulę daugybę kitų klausimų, kurių atžvilgiu jie yra surogatai, turi būti atsakyti drauge, vienoje kompleksinėje, nors ir neužbaigtoje, teorijoje, jeigu tie atsakymai nori būti rišlūs ar net jei nori apskritai turėti kokią nors prasmę. Kiekviena dalis kokiu nors būdu priklausys nuo kitų, nes jos bus sujungtos draugėn kokios nors vienijančios vizijos, kokia turi būti sąsaja tarp teisinės praktikos ir politinio pateisinimo. Taigi bet kokia bendra koncepcija taip pat turi turėti išorinių sąsajų su kitomis politinės moralės dalimis ar padaliniais ir – per šias sąsajas – su bendresniais ideologiniais ar net metafiziniais įsitikinimais. Aš nenoriu pasakyti, kad kiekvienas teisininkas ar filosofas, kuris imasi bendrosios teisės sampratos, jau bus išplėtojęs kokią detalią ir aiškią pažiūrą apie teisės prasmę arba svarbius asmens, gyvenimo ir bendruomenės klausimus, kuriais bet kokia tokia pažiūra turi būti pagrįsta. Aš tik noriu pasakyti, kad jo teisės samprata, tuo mastu, kuriuo jis ją yra išplėtojęs, parodys kokią nors laikyseną šių svarbių temų atžvilgiu nepriklausomai nuo to, ar jis tai suvokia, ar ne.

SKEPTINĖS SAMPRATOS IR PAGEDUSI TEISĖ

Ar naciai turėjo teisę?

Aš sakiau, kad teisinis pragmatizmas yra skeptinė teisės samprata, nes ji atmeta prielaidą, kad praeities sprendimai teikia teises ateities sprendimams. Kai kurie teisės filosofai, kurių pažiūros labai panašios į šią sampratą, jas išreiškia nihilistiniu teiginiu, kad teisės nesama, kad teisė yra iliuzija. Mes pasigilinsime į šiuos teiginius toliau, 5-ame skyriuje, kai išsamiau studijuosime teisinį pragmatizmą. Tačiau pirma turime pažymėti kitą, diskriminatyvesnį teiginį, kurį yra teikę kai kurie teisės filosofai: kad kai kuriose tautose arba tam tikromis aplinkybėmis teisės nesama, nepaisant įprastų teisinių institucijų egzistavimo, tokių kaip legislatūra ir teismai, nes šių institucijų praktikos ten yra pernelyg sugedusios *(wicked)*, kad būtų vertos to vardo. Mums nėra labai sunku suvokti šio teiginio prasmę, jei jau suprantame, kad teisės teorijos yra interpretacinės. Mat mes jį su-

prantame teigiant, kad šiuo būdu smerkiamos teisinės praktikos, kurios nepasiduoda jokiai interpretacijai, kuri gali turėti – bet kokioje priimtinoje politinėje moralėje – apskritai kokią nors pateisinamąją galią.

Semantinių teorijų klestėjimo laikais teisės filosofams daugiau rūpesčių keldavo prielaida, kad sugedusios vietos iš tikrųjų neturėjo teisės. Semantinės normos buvo sumanytos apimti „teisės" termino vartojimą apskritai, taigi – kaip aprėpiančios žmonių teiginius ne tik apie jų teisę, bet ir apie visai kitokias istorines ir užsienio teisines sistemas. Įprastas argumentas prieš griežtas „prigimtinės teisės" teorijas, kurios teigia, jog politinės organizacijos schema privalo tenkinti tam tikrus minimalius teisingumo standartus, kad apskritai galėtų galioti kaip teisinė sistema, buvo tas, kad mūsų lingvistinė praktika neatima teisės vardo iš akivaizdžiai nemoralių politinių sistemų. Mes sakome, kad naciai turėjo teisę, nors tai buvo labai bloga teisė. Buvo plačiai manoma, kad šis mūsų lingvistinės praktikos faktas yra argumentas už pozityvizmą su jo aksioma, kad teisės egzistencija yra nepriklausoma nuo tos teisės vertės, ir šiai nuomonei buvo atiduodama pirmenybė bet kokios „prigimtinės teisės" teorijos atžvilgiu.

Tačiau jeigu naudingos teisės teorijos yra ne šios rūšies semantinės teorijos, o teorijos, interpretuojančios konkrečią istoriškai besivystančios praktikos stadiją, tuomet nemoralių teisinių sistemų problema turi kitokį pobūdį. Interpretacinės teorijos iš esmės yra adresuotos konkrečiai teisinei kultūrai, paprastai kultūrai, kuriai priklauso jų autoriai. Jeigu šios teorijos nėra iš pagrindų skeptinės, jos tą teisinę sistemą traktuos kaip klestintį teisės pavyzdį, tokį, kuris skatina interpretacinę laikyseną ir ją privilegijuoja. Labai detalizuotos ir konkrečios teisės teorijos, kurias teisininkai ir teisėjai sukonstruoja konkrečiai jurisdikcijai ir kurios apima ir smulkiausias teisėjavimo praktikos joje detales, žinoma, yra labai susijusios su ta jurisdikcija. Abstraktesnės teisės sampratos, konstruojamos filosofų, nėra tokios. Būtų įtartina, net verta aliarmo, jeigu būtų sakoma, pavyzdžiui, kad konvencionalizmas yra sėkmingiausia bendra Rod Ailando teisės interpretacija, tačiau ne to paties laiko-

tarpio Masačiusetso ar Britanijos teisės. Tačiau nesama priežasties net iš labai abstrakčios koncepcijos tikėtis jas atitiksiant svečias teisines sistemas, kurių plėtojimasis lėmė jų labai skirtingą charakterį ir kurios atspindi labai skirtingo charakterio politines ideologijas. Priešingai, jeigu palanki teisės koncepcija politinio prievartos pateisinimo siūlo ieškoti bendroje konkrečios bendruomenės teisinės praktikos struktūroje, tai ji neturėtų būti palanki teisinių sistemų, kurios neturi bruožų, esmingų tam pateisinimui, atžvilgiu, o turėtų būti kokiu nors būdu skeptiška jų atžvilgiu.

Tačiau iš to neplaukia, kad jeigu geriausią anglų ir amerikiečių teisės interpretaciją teisininkas sieja su kokiu nors bruožu, kurio visiškai neturėjo nacių režimas, tai jis privalo neigti nacius turėjus teisę. Jo teorija nėra semantinė teorija apie visokį įmanomą žodžio „teisė" vartojimą, o interpretacinė teorija apie interpretacinės nuostatos praktikavimo jo paties teisinės sistemos atžvilgiu pasekmes. Visai nenusižengdamas lingvistiniam deramumui jis gali tvirtinti, kad naciai turėjo teisę. Mes žinotume, ką jis turėjo omenyje. Jo teiginys būtų kaip sprendinys, kurį minėjau anksčiau, – jog labai skirtingi pagarbumo etapai vis dėlto yra tos pačios institucijos etapai arba gali būti suprantami kaip tokie, jeigu mes norime. Jis turėtų galvoje, kad nacių sistema gali būti pripažįstama, kaip virvės vija, viena istorine bendrų praktikų ir institucijų, iš kurių išsivystė ir mūsiškė teisinė kultūra, realizacija. Kitaip tariant, tai yra teisė ta prasme, kurią mes pavadinome „preinterpretacine".

Taigi kai semantinis geluonis jau ištrauktas, mums nebereikia taip labai rūpintis dėl teisingo atsakymo į klausimą, ar nemoralios teisinės sistemos iš tikrųjų galioja kaip teisė. Ar veikiau mes turėtume tuo rūpintis kitu, turiningesniu būdu. Mat mūsų kalba ir tarmė yra pakankamai turtinga ir teikia mums didelę galimybę pajusti žodžių skirtumus ir pasirinkti tinkamiausiai pasakyti tai, ką mes norime pasakyti, todėl mūsų pasirinkimas priklausys nuo klausimo, į kurį mes mėginame atsakyti, mūsų auditorijos ir konteksto, kuriame mes kalbame. Mums nėra reikalo neigti, kad nacių sistema buvo vienas teisės pavyzdys, nesvarbu, kuriai savo teisės interpretacijai mes teikia-

me pirmenybę, nes yra įmanoma prasmė, kuria ji aiškiai buvo teisė. Tačiau mums nesunku suprasti tą, kuris sako, kad nacių teisė iš tikrųjų nebuvo teisė arba buvo teisė degeneruota prasme, arba buvo kažkas menkesnio už visavertę teisę. Mat jis tuomet vartoja „teisę" ne ta prasme; jis nedaro tos rūšies preinterpretacinio sprendimo, o teikia skeptišką interpretacinį sprendinį, kad nacių teisė neturėjo bruožų, turinčių lemiamą reikšmę klestinčioms teisinėms sistemoms, kurių normos ir procedūros pateisina prievartą. Jo sprendinys dabar yra ypatingos rūšies politinis sprendinys, kuriam jo kalba, jei iš konteksto tai aišku, yra visiškai derama. Žinoma, mes nesuprasime jo iki galo, jei nežinome, kokiai klestinčių teisinių sistemų sampratai jis teikia pirmenybę. Tačiau mes nujaučiame jo tendenciją; mes žinome kryptį, kuria jis argumentuos, jeigu toliau taip darys.

Teisinės kalbos lankstumas

Semantinės teorijos, tokios kaip pozityvizmas, spraudžia mūsų kalbą į ankštus rėmus, nepripažindamos mums galimybės vartoti „teisės" terminą šiuo lanksčiu būdu, priklausomai nuo konteksto ar tikslo. Jos tvirtina, kad mes turime pasirinkti, kartą ir visam laikui, ar „plačiąją", arba preinterpretacinę, ar „siaurąją", arba interpretacinę, prasmę.[6] Tačiau ši lingvistinė tvarka pernelyg brangiai kainuoja. Visiškai teisinga, kad teisininkas, kuris sako, jog nacių teisė buvo ne teisė, būtų galėjęs tą pačią mintį suformuluoti kitaip, pozityvistų mėgstamu būdu. Jis būtų galėjęs pasakyti, kad naciai turėjo teisę, tačiau labai blogą teisę, kuri neturėjo minimaliai doros sistemos bruožų. Tačiau apie tai, ką jis mano, šitai mums būtų pasakę mažiau, prasčiau atskleistų jo bendrąją jurisprudencinę poziciją, nes tai nesignalizuotų jo pažiūros į tų bruožų stokojimo padarinius. Kita vertus, tam tikromis progomis šis suvaržymas galėtų būti praņašumas. Jo atveju galėtų būti nebūtina ir net klaidinantis manevras, – nes produkuotų argumentą, nerelevantišką jo dabartiniam tikslui, – atskleisti daugiau. Tuo atveju būtų vertesnė alternatyvi „pozityvistinė" jo minties formuluotė, ir nesama jokios priežasties, kodėl mes turėtume dirbti-

nai riboti savo kalbą tam, kad taptų neįmanoma šios rūšies kontekste jautriai rinktis.

Jautrumas kontekstui yra dar svarbesnis, kai sprendžiamas aštresnis klausimas, labiau specializuotas ir praktiškesnis nei tiesiog bendros klasifikacijos arba svetimos ir labai skirtingos teisinės sistemos kritikos klausimas. Tarkime, jog kokiomis nors aplinkybėmis kyla klausimas, kaip teisėjas, dirbantis svetimoje sistemoje, į kurią mes žiūrime neigiamai, – pavadinkime jį teisėju Siegfriedu – turėtų spręsti kokį nors sunkų atvejį, su kuriuo tenai susidurta. Dėmesys dabar bus fokusuojamas kitaip, nes šis klausimas reikalauja ne šiaip bendro svečios sistemos palyginimo su mūsiške, o nepriklausomos, pakankamai detalios tos sistemos interpretacijos. Dabar mes turime įsivaizduoti save Siegfriedo vietoje; jeigu mes neigiamai žiūrime į sistemą, kurioje jis teisėjauja, mūsų interpretacija jo vardu galėtų būti ir visiškai skeptiška. Mes galėtume nuspręsti, kad interpretacinė laikysena tenai yra visiškai nepriimtina, kad praktika – tuo pavidalu, kurį ji yra pasiekusi, – niekuomet negali suteikti visiškai jokio, net silpno, valstybinės prievartos pateisinimo. Tada mes galvosime, kad kiekvienu atveju Siegfriedas turėtų paprasčiausiai visiškai ignoruoti teisėkūrą ir precedentą, jeigu šitai galėtų baigtis geruoju, ar kitaip daryti ką įmanydamas, kad visomis jam prieinamomis priemonėmis apribotų neteisingumą. Ir vėl: tą nuomonę galėtume formuluoti dramatiška kalba, kuri neigia, kad Siegfriedo tautoje apskritai esama kokios nors teisės, tačiau neprivalome to daryti. Kad ir kokią kalbą pasirinktume, svarbu politinė moralė: tai, jog nuogame fakte, kad jo tauta turi teisę preinterpretacine prasme, neglūdi nieko, kas teiktų bet kuriam iš besibylinėjančiųjų kokią nors teisę laimėti tai, ko jis siekia jos teismuose.

Tačiau įsivaizduokime, jog tolesnė refleksija atskleidžia, kad tai ne visai tiksliai nusako mūsų pažiūrą. Mat Siegfriedo bendruomenės teisinių praktikų istorijoje mes aptinkame ką nors tokio, kas, mūsų manymu, pateisina tam tikras juridinių teisių pretenzijas, keliamas tam tikrų besibylinėjančiųjų kokiose nors jam tekusiose bylose, net jei mes manome šias praktikas kaip visumą esant tokias defektyvias,

kad jokia bendra remiamoji interpretacija nėra įmanoma. Tarkime, jog aptariamasis atvejis yra paprasta sutarties byla, kuri iš pažiūros atrodo nesusijusi su jokiais rasinės ar politinės diskriminacijos arba šiaip kokios nors tironijos klausimais. Mes galėtume manyti, jog ieškovas šioje byloje turi teisę laimėti tiesiog dėl to, kad jam tą teisę garantuoja jo jurisdikcinės sistemos įstatymai ir precedentai, teisę, kurios jis antraip neturėtų. Mūsų nuomonė kitoje byloje galėtų būti atsargesnė. Tarkime, jog atvejis kaip nors susijęs su diskriminaciniais ar kitaip neteisingais teisės aktais. Pavyzdžiui, atsakovas yra žydas, o ieškovas apeliuoja į kokį nors įstatymą, kuris neteikia žydams tų ginamųjų priemonių, kurios kontraktų bylose yra prieinamos arijams. Mes vis tiek galėtume manyti, jog ką tik paminėti faktai kuria ieškovui *silpną* teisę, įgalinančią laimėti, net jei norime pridurti, kad šią silpną teisę, atsižvelgiant į viską, pranoksta konkuruojanti moralinė teisė, kurią turi atsakovas, ir dėl to Siegfriedas turėtų daryti viską, kiek leidžia jo galios – net meluoti apie teisę, jeigu tai padėtų, – kad atmestų tą pretenziją.

Dabar šį pavyzdį padarykime sudėtingesnį. Tarkime, kad žiūrint iš Siegfriedo jurisdikcinės sistemos taško, tai yra sunkieji atvejai. Jis su savo aplinkos teisininkais nesutaria dėl to, kokios būtent yra rūpimos sutartis reguliuojančios teisės normos pirmojoje byloje arba būtent kaip skaityti diskriminacinį įstatymą antrojoje. Dabar mes susiduriame su nauju keblumu. Paprastais atvejais mūsiškėje teisinėje sistemoje nuomones apie sunkiąsias bylas prieiname klausdami, koks sprendimas plaukia iš geriausios, kokią tik galime pateikti, teisinio proceso kaip visumos interpretacijos. Tačiau mūsų naujajame pavyzdyje to padaryti negalime, nes manome, kad Siegfriedo teisinė sistema yra pernelyg sugedusi, kad ją būtų galima pateisinti bet kokiame visa apimančiame pateisinime. Paprastais atvejais mūsų nuomonė, kad žmonės turi juridines teises, plaukia iš – ir yra dalis – tos pačios interpretacijos, kurią mes naudojame spręsti, kokias teises jie turi. Naujajame pavyzdyje šie du klausimai išsiskiria: mūsų motyvai manyti, kad žmonės turi juridines teises, yra gana specifiški – jie priklauso nuo idėjos, kad žmonių pasitikėjimas teise ir planavimas jos pagrin-

du turi būti ginami net pagedusiose vietose, – ir pranoksta mūsų interpretacinius sprendinius apie sistemą kaip visumą, o ne priklauso nuo jų. Parodyti, kaip šie klausimai gali išsiskirti, padės analogija. Kai kas nors pažada ką nors neapgalvota ir miglota, galima paklausti du skirtingus klausimus: ar jį saisto kokia nors prievolė tesėti tą pažadą ir koks jos turinys, jei saisto. Antrasis klausimas yra interpretacinis klausimas, į kurį mes galėtume pamėginti atsakyti, pažvelgdami į pažadą iš jo siejamų šalių požiūrio taškų, tuo tarpu išvis suspenduodami pirmojo klausimo sprendimą. Šiomis aplinkybėmis tokia Siegfriedo problemos matymo perspektyva būtų taikli. Mes galėtume klausti, kurią sutartis reguliuojančių precedentų arba diskriminacinio įstatymo interpretaciją turėtų manyti esant geriausią tas, kuris, kitaip nei mes, apskritai simpatizuoja sistemai ir ją laiko klestinčiu teisės pavyzdžiu. Mes galėtume tarti, kad toks yra Siegfriedo santykis, ir tuomet paklausti, kuri jo šalies teisinių praktikų interpretacija jas parodytų tokioje šviesoje, kurią mes manome esant joms mažiausiai nepalankią.

Galiausiai tarkime, kad mūsų praktinė problema iš mūsų reikalauja nuspręsti ne tai, kaip Siegfriedas *turėtų* išspręsti savo nagrinėjamą atvejį, o kaip jis jį greičiausiai *išspręs*. Jeigu mes tariame, kad jis savo problemą traktuos kaip interpretacinę, kaip darytume mes, jei panaši problema kiltų mūsų pačių teisėje, mūsų klausimas lieka interpretacinis, o ne deskriptyvus bet kuria paprastesne prasme. Tačiau mūsų interpretacinio klausimo prielaidos ir vėl patyrė pokytį. Dabar mes labiau įsijaučiame į Siegfriedo padėtį ir interpretuojame iš viso jo politinių ir socialinių įsitikinimų komplekso požiūrio taško. Mūsų problema gali patirti permainas taip pat daugeliu kitų būdų. Mes galime domėtis ne kokios nors mums vienalaikės sistemos, kurią mes laikome nemoralia, teisinėmis problemomis, o senovinės ir primityvios teisinės sistemos, kurios moralė mums nerūpi, problemomis. Tuomet mums atrodys paprasčiau savo išvadas perteikti kaip tiesius ir kategoriškus teiginius apie jų teisę. Pavyzdžiui, mes galime mažų mažiausiai pamėginti visiškai įsijausti į romėnų pareigūnų poziciją ir tuomet paskelbti savo nuomonę, kokia buvo romėnų teisė,

be jokios pagundos pridurti, jog kadangi romėnų teisė rėmė vergovę, ji buvo ne visiškai teisė arba iš tikrųjų visai ne teisė. Mes nesakome šio patikslinimo, nes niekas mūsų studijavimo kontekste nedaro jo reikšmingo.

Kontekstas vėl pakinta, kai mes savo pačių teisę manome esant nemoralią ar negalimą pateisinti – apskritai ar rūpimoje dalyje. Dabar sustiprėja vienos iš minėtų perskyrų praktinė svarba. Ar mūsų teisinės praktikos, nors moraliai silpnos, vis dėlto generuoja kokias nors silpnas politines ar moralines teises tų, kurie jomis kliovėsi, teises, kurios turėtų būti įgyvendinamos, nebent prieš jų įgyvendinimą įmanoma pateikti kokį nors nenuginčijamą visa pranokstantį moralinį argumentą? O gal šios praktikos yra tokios sugedusios, kad jas reikia suprasti kaip negeneruojančias visai jokių teisių, net silpnų? Mes galbūt panorėsime pasitelkti teisės kalbą, kad įdiegtume tą svarbią perskyrą: pirmuoju atveju – sakytų, jog teisėjas gali būti priverstas nepaisyti teisės, o antruoju – kad nesama tikros teisės, kurios jis galėtų nepaisyti. Tačiau svarbi būtent perskyra, o ne kalba, kurią pasirenkame jai įgyvendinti, įmanoma ir kitokia kalba tai pačiai perskyrai padaryti, jei ji mus labiau tenkina.[7]

Taigi čia yra dar vienas nuvalkioto jurisprudencinio anekdoto pavyzdys, anekdoto, kuris tveria – ta forma, kuria dėl jo buvo diskutuojama auditorijose ir teisės filosofijos traktatuose, – dėl klaidingo supratimo apie tai, kokia turėtų būti teisės teorija. Įvairius mūsų išskirtus klausimus, kurie visi sutelkti apie sugedusius ar kitaip defektyvius teisės preinterpretacine prasme pavyzdžius, semantinės teisės teorijos tuo pačiu – semantiniu – klausimu laiko, apima ar neapima tokias teisines sistemas lingvistinės „teisės“ termino taikymo normos, kurios yra mums bendros. Tai sufabrikuotas klausimas, nes mes neturime jokių mums bendrų normų, tokios rūšies, kurias jis taria mus turint. Tai sykiu yra pavojingas klausimas, nes jis atitraukia mūsų dėmesį nuo politinės moralės klausimų – apie netobulos teisės vaidmenį ir galią ir apie pareigūnus, kurie yra prisiėmę pareigą ją įgyvendinti, klausimų, kurie yra mūsų pagrindinis interesas. Jis mus nuginkluoja, pašalindamas subtilias ir kontekstui jautrias perskyras,

kurias daro galimas turtinga teisės kalba. Pagedusių teisinių sistemų klausimas iš viso nėra konceptualinis klausimas ta prasme, kurią mes išplėtojome kaip tinkamą interpretacinėms veikloms. Tai ne vienas, o daug klausimų, ir jie visi kyla teisės teorijai tuo lygmeniu, kur vyksta sampratų konkurencija.

TEISĖS PAGRINDAI IR GALIA

Aš ginu štai kokią prielaidą: savo teisės sąvoką mes galėtume aprašyti taip: teisinis argumentas mums teikiamas apytikrio konsenso, jog jeigu teisė egzistuoja, ji teikia kolektyvinės galios, naudojamos prieš individualius piliečius ar grupes, pateisinimą, pamatu. Bendros teisės sampratos, kaip ir tos trys mano įvardytos, prasideda kokia nors plačia teze apie tai, ar – ir kodėl – praeities politiniai sprendimai teikia tokį pateisinimą, ir ši tezė tuomet teikia unifikuojančią struktūrą sampratai kaip visumai. Dabar turiu apsvarstyti vieną iš pažiūros svarų prieštaravimą. Mūsų teisininkai ir piliečiai pripažįsta skirtumą tarp klausimo, kokia yra teisė, ir klausimo, ar teisėjas arba bet kuris kitas pareigūnas ar pilietis turėtų įgyvendinti teisę ar paklusti jai. Šiuos klausimus jie laiko atskirais klausimais ne tik tada, kai tais įvairiais būdais, kuriuos ką tik pažymėjome, turi galvoje svetimas sugedusias teisines sistemas, bet net svarstydami, kaip piliečiai ir pareigūnai turėtų elgtis mūsų pačių bendruomenėse. Nuomonė, kad mūsų teisėjai kartais turėtų ignoruoti teisę ir mėginti ją pakeisti geresne teise, toli gražu nėra nepažįstama teisės mokyklų auditorijoms, ir net politiniai debatai – jai nesvetima vieta. Ji nelaikoma absurdiška ta specialia prasme, kuria ją būtų manoma tokią esant, jeigu žmonės tartų, jog saitas tarp teisės ir prievartos yra pakankamai nekontroversiškas, kad būtų konceptualus mūsų aptarnaujamąja prasme. Šitai, kaip galėtų atrodyti, suteikia visa pranokstantį argumentą pozityvistinėms semantinėms teisės teorijoms, nepaisant tų poblemų, kurias aš mėginu joms sukurti. Kad ir kokios klaidinamos jų teorijos būtų kitais atžvilgiais, Austinas ir Hartas bent jau pažymėjo ir mėgino paaiškinti, kodėl atsakymą į teisinį klausimą žmonės ne visuomet

traktuoja kaip automatiškai sutampantį su atsakymu į politinį klausimą dėl to, ką teisėjai turėtų daryti. Jie sakė, kad teisės propozicijos iš esmės yra faktinės, todėl pačios savaime visiškai nieko neteigia apie tai, ką iš tikrųjų turėtų daryti kiekvienas pareigūnas ar pilietis. Jeigu šias teorijas mes atmetame dėl to, kad jurisprudenciją traktuojame kaip interpretaciją, o ne kaip lingvistinę analizę, mes privalome pasiūlyti alternatyvų šios perskyros paaiškinimą, ir mano teisės sąvokos apibūdinimą, kur teisę taip glaudžiai sieja su politika, galėtų atrodyti vargana pradžia.

Šis prieštaravimas skatina pateikti svarbų paaiškinimą. Pagal mano prielaidą, mūsų teisės sampratą teikia preliminarus sutarimas kontroversijos fone, jog teisė *iš principo* teikia viešosios prievartos pateisinimą. Šiame sąvokos nusakyme nėra nieko absoliutaus. Jame tėra prielaida, kad klestinčioje teisinėje sistemoje teisės faktas teikia argumentų valstybinės prievartos naudai, kurie turi galioti, jeigu nėra kokio nors išskirtinio kontrargumento. Jeigu neįmanoma pateikti net šio patikslinto teiginio – jeigu teisės faktas neteikia jokių bendrų argumentų, kuriuos gali pranokti tik ypatinga aplinkybė, – tuomet tinkama tik skeptinė tos teisinės sistemos samprata. Tiek implikuoja, pagal šią hipotezę, mūsų teisės sąvoka: saitą tarp teisės ir prievartos ji palieka tame abstrakčiame lygmenyje. Tačiau bet kokia išsami teisės teorija turi būti kur kas konkretesnė. Ji turi kur kas daugiau pasakyti apie tos išskirtinės aplinkybės, kuri galėtų paneigti teisės argumentus už prievartą net klestinčioje sistemoje, pobūdį, daugiau apie tai, kada, – jei išvis kada nors, – pareigūnai gali nenusižengdami deramumui ignoruoti teisę, ir daugiau apie tai, kokių papildomų prievolių, – jei tokių išvis yra, – kyla, kai jie ją ignoruoja.

Taigi išsamią politinę teisės teoriją sudaro bent dvi pagrindinės dalys: ji kalba ir apie teisės *pagrindus* – aplinkybes, kuriomis tam tikros teisės propozicijos turėtų būti laikomos pagrįstomis ar teisingomis, – ir apie teisės *galią* – reliatyvią bet kokios teisingos teisės propozicijos galią pateisinti prievartą įvairiomis išskirtinėmis aplinkybėmis. Šios dvi dalys turi remti viena kitą. Išsamios teorijos laikysena atsakant į klausimą, kokiu mastu teisė komanduoja, o kada ji

gali ar privalėtų būti padėta į šalį, turi derėti su bendruoju pateisinimu, kurį ji teikia teisės prievartos mandatui, o šis pateisinimas savo ruožtu yra išvedamas iš jos pažiūrų į kontroversiškus teisės pagrindus. Taigi bendra teisės teorija teikia sudėtingo simultaniškų lygčių komplekso sprendimą. Kai lyginame dvi teorijas, turime atsižvelgti į kiekvienos iš jų abi dalis spręsdami, kiek jos skiriasi savo bendriausiomis praktinėmis pasekmėmis.

Tačiau šis kompleksiškumas kelia didelę praktinę problemą. Mes visi, bet ypač teisininkai, laikysenas teisės atžvilgiu išsiugdome kartu su kitu mūsų bendru socialiniu žinojimu, nesavimoningai ir praktiškai, prieš patikrindami jas jurisprudenciškai, jei išvis kada nors tai darome. Todėl mums atrodo labai sunku į savo pačių įsitikinimus pažvelgti iš atstumo, būtino norint juos patikrinti sistemiškai kaip visumą. Mes galime tik patikrinti ir reformuoti savo nusistovėjusias pažiūras – kaip jūrininkai remontuoja laivą jūroje – po vieną lentą vienu sykiu, anot sėkmingo Otto Neurath'o įvaizdžio. Tam tikras mūsų nuostatų ir įsitikinimų apie teisę dalis turime laikyti pastoviomis, tuokart nestudijuojamomis, kad įvertintume ir išgrynintume kitas. Tuo tikslu mes naudojame pagrindų ir galios perskyrą.

Akademinė tradicija įgyvendina tam tikrą mąstymo apie teisę darbo pasidalijimą. Politiniai filosofai svarsto problemas, susijusias su teisės galia, o akademiniai teisininkai ir jurisprudencijos specialistai – jos pagrindų klausimus. Dėl to teisės filosofijos paprastai yra nesubalansuotos teisės teorijos: jos dažniausiai yra apie pagrindus ir beveik nutyli teisės galią. Kitaip tariant, jos abstrahuojasi galios problemos atžvilgiu, kad kruopščiau išstudijuotų pagrindų problemą. Tai yra įmanoma tik dėl to, kad esama pakankamo preliminaraus sutarimo dėl galios. Mes nesutariame dėl to, kokią būtent galią teisė turi tam tikromis ypatingomis aplinkybėmis, kai esama svarių konkuruojančių teisingumo motyvų. Mes galime nesutarti dėl to, ką prieš Amerikos pilietinį karą teisėjavę Masačiusetso teisėjai, iš kurių buvo reikalaujama įgyvendinti Vergų pabėgėlių įstatymą, turėjo daryti. Tačiau mus vienija bendra nespecifiška nuomonė apie teisės galią, kai tokių ypatingų teisingumo motyvų nesama, pavyzdžiui, kai žmonės nesu-

taria dėl teisėkūros teisingumo ar išminties, tačiau niekas iš tikrųjų nemano, kad teisė yra pagedusi arba kad jos autoriai – tironai. Mūsų skirtingi įsitikinimai dėl teisės galios tokiais atvejais susivienija. Mes manome, kad teisei turi būti paklūstama ir ji turi būti įgyvendinama, ir būtų beveik beprasmiška teisę traktuoti kaip interpretacinę sąvoką, jeigu mes taip nemanytume. Tad izoliuoti teisės pagrindus ir sutelkti į juos dėmesį galime tardami egzistuojant atvejus, kurie yra ta prasme „normalūs". Galime paklausti: jeigu normaliomis aplinkybėmis esama teisės galios (dėl kurios preliminariai sutariama), kaip būtent turėtų būti sprendžiama, kada kokia nors norma ar principas yra mūsų teisės dalis? Teisės sąvokos, kurias mes studijuosime, yra atsakymai į tą klausimą.

Dabar mes galime atsakyti į prieštaravimą, kuriuo ši diskusija prasidėjo. Teisės sampratos, kurios yra teisės pagrindų teorijos, neįpareigoja mūsų laikytis jokių ypatingų ar konkrečių teiginių apie tai, kaip piliečiai turėtų elgtis arba teisėjai – spręsti bylas. Kiekvienam lieka atvira galimybė sakyti, kad nors teisė yra už Elmerį arba ponią McLoughlin, arba nykstančią žuvų rūšį, šių bylų aplinkybės yra kuria nors prame ypatingos, todėl teisėjas neturėtų įgyvendinti teisės. Kai dėl kokios nors priežasties suskantame sau priminti šį mūsų teisės sąvokos bruožą, mes sakome, kad teisė yra vienas dalykas, o tai, ką teisėjai turėtų su ja daryti, – visiškai kitas; šitai, manau, paaiškina netarpišką devizo patrauklumą. Tačiau šis argumentas nežabotai išpučiamas, kai tvirtinama, kaip darė pozityvistai, kad teisės pagrindų teorijos iš viso negali būti politinės, kad jos turi palikti visiškai atvirą klausimą, kaip teisėjai turi spręsti realias bylas. Juk pagrindų teorija, kuri šiaip nesilaiko jokios kontroversiškos pozicijos teisės galių klausimu, vis tiek turi būti politiška bendresne ir platesne prasme. Ji neskelbia, ką teisėjas turėtų daryti bet kuriuo konkrečiu atveju; tačiau jeigu tai nėra iš pagrindų skeptiška koncepcija, ji turi būti suprantama kaip sakanti, ką teisėjai iš principo turėtų daryti, jeigu aplinkybės nėra ypatingos ta prasme, kurią ką tik pažymėjome. Antraip mes negalėtume traktuoti teorijos kaip teisės interpretacijos, kaip mūsų sąvokos sampratos. Tai būtų scholastikos našlaitė, teorija, iš kurios –

tik tiek naudos, kad ji aprūpina atminties testais studentus, kurie tokiems šūkiams kaip „teisė yra suvereno komanda“ turi parinkti filosofą, kurio *motto* buvo tas šūkis. Jurisprudencija pernelyg ilgai buvo pernelyg panaši į tai.

Galiausiai verta pažymėti, kaip šis abstrakcijos procesas, kuris teisės filosofus įgalina diskutuoti dėl teisės pagrindų, abstrahuojantis nuo jos galios, sykiu/taip pat įgalina teisės filosofus argumentuoti kita kryptimi, apie teisės galią, nors jie tarpusavyje tam tikru laipsniu nesutaria dėl jos pagrindų. Pilietinio nepaklusnumo teorijos ir, bendriau imant, piliečių pareigos paklusti teisei esmės ir masto teorijos papildo klasikines teisės teorijas, nes pilietinio nepaklusnumo teorijos yra daugiausia apie galią ir išvis vargu ar domisi pagrindų tema. Jos kelia klausimą, kuris papildo jurispridencijos klausimą: „Jeigu yra toks dalykas, kurį mes visi pripažįstame kaip teisės pagrindus – tądien galiojančios paradigmos, – kada piliečiai yra moraliai laisvi nepaklusti tam, kas tais pagrindais laikoma teise?“ Žinoma, šis abstrahavimosi vienos rūšies nesutarimo atžvilgiu, – kad būtų galima susitelkti į kitą, – procesas būtų nesėkmingas, jeigu šalys pernelyg nesutartų dėl teisės pagrindų, jeigu vienas atmestų visa tai, ką kitas laiko paradigmiška. Būtų beprasmiška diskutuoti, kokiu mastu turi būti paklūstama teisei, jeigu vieną pusė manytų, kad vienintelis teisės šaltinis yra Parlamento įstatyminiai aktai, o kita pusė tą galią teiktų Biblijai. Tačiau jeigu daugelis žmonių bet kokioje bendruomenėje tokiu mastu nesutartų dėl pagrindų – jeigu jie neturėtų visai jokių jiems bendrų paradigmų, – pilietinis nepaklusnumas būtų mažiausia iš jų problemų.

4. Konvencionalizmas

JO STRUKTŪRA

„Teisė yra teisė. Ji ne tai, kas ji yra teisėjų manymu, o tai, kas ji yra iš tikrųjų. Jų darbas yra taikyti ją, o ne keisti taip, kad atitiktų jų pačių etiką ar politiką." Tai yra daugumos paprastų žmonių pažiūra ir teisės konservatoriaus himnas. Perskaičius ją pavyzdžiui, ji nesako beveik nieko kontroversiško, ir tikrai nieko kontroversiško mums. Visi, kurie buvo susiję su mūsų parinktais atvejais, sutiko, kad teisė yra teisė ir kad ji turi būti įgyvendinta; jie nesutarė tik dėl to, kokia iš tikrųjų yra ta teisė. Tačiau tas šūkis, kad ir kaip nerūpestingai suformuluotas, reiškia kažką daugiau nei banalybę; jis reprezentuoja nuostatą, kuri yra svarbi ir atvira kvestionavimui. Ji yra štai kokia: jog kolektyvinė galia prieš individus nukreipiama turėtų būti tik tuo atveju, jei koks nors praeities politinis sprendimas tai aiškiai leidžia tokiu būdu, kad kompetentingi teisininkai ir teisėjai visi sutaria dėl to, koks tas sprendimas buvo, nesvarbu, kokiu mastu jie nesutaria dėl moralės ir politikos.

Pirmoji iš trijų, ankstesniame skyriuje mano pristatytų teisės koncepcijų, kurią aš pavadinau konvencionalizmu, turi tą pačią bendrą ambiciją, kurią išreiškia tas populiarusis šūkis, tačiau jos konstruojama interpretacija yra subtilesnė dviem atžvilgiais. Pirma, konvencionalizmas paaiškina, kaip praeities politinių sprendimų turinys gali būti eksplikuotas ir padarytas neginčijamu. Teisę jis daro priklausomą nuo aiškių socialinių konvencijų, kurias jis designuoja kaip teisines konvencijas; o būtent – nuo konvencijų, nustatančių, kurios institucijos turėtų turėti galią kurti teisę ir kaip turėtų ją kurti. Kiekviena sudėtinga politinė bendruomenė, – tvirtina konvencionalizmas, – turi tokias konvencijas. Amerikoje šitai yra nustatyta konvencijoje, skelbian-

čioje, kad teisę kuria įstatymai, priimami Kongreso arba valstybės legislatūrų Konstitucijos nustatytu būdu, o Anglijoje – kad Lordų rūmų sprendimai yra privalomi žemesniems teismams. Anot konvencionalizmo, deramai suprasta teisinė praktika yra šių konvencijų gerbimo ir įgyvendinimo dalykas, jų efekto – tik jo vieno – pripažinimo teise dalykas. Jeigu Elmeris turi teisę į palikimą pagal tokią konvenciją – jeigu jis turi teisę į jį pagal socialines konvencijas, nustatančias, kas turi galią leisti įstatymus ir kaip ta galia turi būti naudojama, ir kaip turi būti sprendžiamos abejonės, kuriamos kalbos, – tai jis turi juridinę teisę į jį, bet jos neturi, jei jos neremia konvencijos.

Antra, konvencionalizmas pakoreguoja populiarų paprasto žmogaus požiūrį, kad visuomet esama teisės, kurią reikia įgyvendinti. Teisė konvencijos pagrindu niekuomet nėra užbaigta, nes nuolat kyla naujų problemų, kurios nėra taip ar kitaip išspręstos tų institucijų, turinčių autoritetą jas spręsti.[1] Todėl konvencionalistai prie savo teisinės praktikos aiškinimo priduria štai kokią išlygą. „Tokius naujus atvejus teisėjai turi spręsti kiek įmanydami geriau, tačiau, pagal hipotezę, nė viena iš šalių neturi jokios teisės laimėti, plaukiančios iš praeities kolektyvinių sprendimų, – nė viena iš šalių neturi *juridinės* teisės laimėti, – nes vienintelės tokio pobūdžio teisės yra tos, kurios yra nustatytos konvencijos. Taigi sprendimas, kurį teisėjas turi padaryti sunkiosiose bylose, remiasi diskrecija šia griežtąja prasme: korektiškas praeities sprendimų supratimas palieka sprendimą atvirą. Teisėjas turi rasti kokį nors kitą pateisinimą anapus teisės teikiamų garantijų, anapus bet kokio nuoseklumo praeityje priimtų sprendimų atžvilgiu, kad paremtų tai, ką jis tuomet daro. (Tai gali būti abstraktus teisingumas arba bendras interesas arba koks kitas prospektyvinis pateisinimas.) Žinoma, naujoviškus sprendimus konvencija gali konvertuoti į juridines teises ateičiai. Pavyzdžiui, mūsiškės konvencijos dėl precedento bet kokį sprendimą, Aukščiausiojo teismo priimamą Elmerio byloje, konvertuoja į teisę, reguliuosiančią atvejus, kai testamento autorius nužudomas paveldėtojo. Šiuo būdu normų sistema, sankcionuojama konvencijos, mūsų teisinėje praktikoje nuolat auga."

Esama akivaizdžių panašumų tarp konvencionalizmo ir pozityvistinių semantinių teorijų, kurias aptariau 1-ame skyriuje.[2] Tačiau esama ir štai kokio svarbaus skirtumo. Semantinės teorijos sako, jog ką tik pateiktąjį aprašymą sudaro ir galią jam teikia ta pati teisės terminija, tad pats sau savotiškai prieštarutų tas, kuris teigtų, kad teisė suteikia kokių nors teisių, be tų, kurios yra įtvirtintos mechanizmais, sankcionuojamais konvencijos. Konvencionalistinė teisės samprata, priešingai, yra interpretacinė: ji neteikia jokio tokios rūšies lingvistinio ar loginio teiginio. Vietoj to ji imasi dvilypumo aspekto, janiškojo bet kokios interpretacijos pobūdžio. Ji teigia, kad šis būdas aprašyti teisinę praktiką parodo tą praktiką jai palankiausioje šviesoje, taigi pateikia patį aiškiausią to, ką daro teisininkai ir teisėjai, paaiškinimą. Taigi ji tvirtina, kad tai yra geriausias vadovas norint žinoti, ką jie turėtų daryti, kad tai nurodo teisingą tos praktikos tęsinio ir plėtotės kryptį. Konvencionalizmas neneigia, jog daugelis teisininkų laikosi antagonistinių pažiūrų geriausios jiems bendros praktikos interpretacijos atžvilgiu. Jis teigia, kad šie teisininkai klysta, stokoja įžvalgos ir jautrumo, kad jie neteisingai suvokia savo pačių elgesį. Tačiau jis neneigia, kad jie turi galvoje tai, ką jie sako, neteigia, kad jie kalba nesąmones.

Konvencionalizmas teikia du postinterpretacinius, direktyvinius teiginius. Pirmasis yra pozityvus: teisėjai privalo gerbti įtvirtintas teisines savo bendruomenės konvencijas, išskyrus retas aplinkybes. Kitaip tariant, jis tvirtina, kad jie privalo traktuoti kaip teisę tai, ką konvencija nustato kaip teisę. Kadangi konvencija Britanijoje nustato, kad Parlamento aktai yra teisė, britų teisėjas privalo įgyvendinti net tuos Parlamento aktus, kuriuos jis laiko neteisingus arba neišmintingus. Ši pozityvi konvencionalizmo dalis kuo aiškiausiai atitinka populiarųjį šūkį, anot kurio, teisėjai turi vykdyti teisę ir nekurti vietoj jos naujos teisės. Antrasis teiginys, kuris yra mažų mažiausiai vienodai svarbus, yra negatyvus. Jis skelbia, kad nesama jokios kitos teisės – jokios kitos teisės, plaukiančios iš praeities politinių sprendimų, – išskyrus teisę, išvestą iš tų sprendimų metodais, kurie patys yra konvencijos dalykas, taigi kad tam tikrais klausimais nesama nei

vienokiam, nei kitokiam sprendimui palankios teisės. Pavyzdžiui, nesama teisės, reguliuojančios emocinę žalą, jeigu jokiu įstatymu niekuomet nebuvo spręsta arba joks precedentas nenustatė arba kokiomis nors kitomis procedūromis, kurias nustato konvencija, nebuvo įtvirtinta nuostata, kad žmonės turi juridinę teisę į kompensaciją už emocinę žalą arba kad jie jos neturi. Iš to neplaukia išvada, kad teisėjams, susidūrusiems su tokiu klausimu, telieka nuleisti rankas ir besibylinėjančiuosius iš teismo išleisti visai be jokio sprendimo. Tai tas atvejis, kai teisėjai turi pasinaudoti savo diskrecijos galia, kurią aprašėme prieš akimirką, pasitelkti ekstrateisinius standartus, kad sukurtų tai, ką konvencionalizmas skelbia esant nauja teise. Tada ateities bylose precedento konvencija padarys šią naują teisę sena teise.

JO PATRAUKLUMAS

Bet kokios pozityvios teisės sampratos, tokios kaip konvencionalizmas arba teisės kaip integralios visumos samprata, šerdis yra jos atsakymas į klausimą, kodėl praeities politika yra lemiama dabarties teisėms. Mat perskyros, kurias samprata nustato tarp juridinių teisių ir kitų teisių formų ir tarp teisinių argumentų ir kitų argumento formų, signalizuoja pateisinimo, kurį, jos manymu, politiniai sprendimai teikia valstybinei prievartai, pobūdį ir ribas. Konvencionalizmas teikia vieną iš pažiūros patrauklų atsakymą į tą klausimą. Praeities politiniai sprendimai pateisina prievartą todėl, kad – taigi tik tuomet, kai – jie teikia teisingą perspėjimą, prievartos progas darydami priklausomas nuo aiškių faktų, prieinamų visiems, o ne nuo naujai priimamų politinės moralės sprendimų, kurie skirtingų teisėjų gali būti skirtingi. Tai yra apdraustų lūkesčių idealas. Akivaizdu, kad pirmasis iš dviejų postinterpretacinių konvencionalizmo teiginių tarnauja tam idealui. Pirmasis teiginys tvirtina, kad kai institucija, sankcionuota konvencijos, priima valingą sprendimą, o konvencijos, nustatančios, kaip tokie sprendimai turėtų būti suprantami, sankcionuoja to sprendimo turinį, teisėjai turi gerbti tą sprendimą, net jeigu jie mano, kad kitoks sprendimas būtų buvęs teisingesnis ar protingesnis.

Nėra taip akivaizdu, kad ir antrasis, negatyvus konvencionalizmo teiginys tarnauja apdraustų lūkesčių idealui. Tačiau galima įtikinamai argumentuoti, kad taip yra. Negatyvus teiginys tvirtina, kad teisėjas gali neapeliuoti į teisės garantiją, teikiamą jo sprendimui, kai negali parodyti, kad būtent konvencijos jį verčia daryti tai, ką jis daro, nes tą idealą suteršia bet kokia sugestija, kad praeities politiniai sprendimai gali teikti kokių nors kitų teisių ir pareigų nei tų, kurias diktuoja konvencija. Tarkime, jog yra aišku, kad konvencija nediktuoja nei vienokio, nei kitokio atsakymo *McLoughlin* byloje: konvencija reikalauja, kad precedentais būtų vadovaujamasi, bet tik tuo mastu, kuriuo naujasis atvejis yra relevantiškais faktais panašus į precedentus, o jokia praeities byla nėra išsprendusi klausimo, ar už emocinę žalą, patiriamą ne įvykio vietoje, turi būti skiriama žalos kompensacija. Tarkime, jog teisėjas tuomet paskelbia – teisės kaip integralios visumos sampratos stiliumi, – kad precedentai yra įtvirtinę teisę į žalos atlyginimą, nes toks precedentų perskaitymas juos retrospektyviai daro moraliai labiau pagrįstus. Populiaraus idealo požiūriu tai yra pavojinga. Jeigu jau pripažįstama, kad principai gali būti teisės dalis ne dėl priežasčių, atspindinčių konvenciją, o tik dėl to, kad jie yra moraliai autoritetingi, tuomet atidaromos durys pavojingesnei idėjai, – kad kai kurie principai yra teisės dalis dėl jų moralinio patrauklumo, nors jie ir prieštarauja tam, ką yra įtvirtinusi konvencija.

Konvencionalizmas gina konvencijos autoritetą tvirtindamas, kad konvencinės praktikos nustato ne tik praeities galios dabarties atžvilgiu pradžią, bet ir jos pabaigą. Jis tvirtina, kad praeitis neteikia jokių kitų teisių, galimų apginti teisme, išskyrus tas, kurias daro nekontroversiškas tai, ką kiekvienas žino ir ko tikisi. Jeigu konvencija tyli – teisės nesama, ir šio negatyvaus teiginio galia yra būtent ta, kad teisėjai tuomet neturėtų vaizduotis, esą jų sprendimai kažkokiu kitu būdu plaukia iš to, kas jau yra nuspręsta. Anot konvencionalizmo, mes turime saugoti konvenciją šiuo būdu, net jei manome, kad kartais, dramatiškomis aplinkybėmis, teisėjai turėtų ignoruoti konvenciją. Tarkime, jog amerikiečių praktikos konvencijos

Aukščiausiojo teismo praeities sprendimus daro teisės dalimi. Šios konvencijos nustato, kad Teismo sprendimo *Plessy v. Ferguson* byloje turi būti laikomasi ateityje, kol bus papildyta Konstitucija. Jeigu konvencionalistas mano, kad Teismas turėjo nepaisyti *Plessy* bylos *Brown* byloje todėl, kad rasinė segregacija yra ypač nemorali, jis tvirtins, kad Teismas turėjo aiškiai nurodyti publikai išskirtinį savo sprendimo pobūdį, kad jis privalėjo pripažinti keičiąs teisę dėl neteisinių priežasčių. Konvencionalistinė teisės samprata, kuri Teismui neleidžia apeliuoti į jokią kitą teisę, išskyrus konvenciją, jį verstų daryti būtent tai.

Negatyvų konvencionalizmo teiginį galima manyti kitokiu būdu tarnaujant tam populiariam idealui, tačiau tai pareikalaus papildomų teiginių komplekso, teiginių apie tai, kaip teisėjai turėtų spręsti sunkiąsias bylas, kai konvencijų aiškinamoji galia išsenka. Kaip ką tik sakiau, konvencionalistas mano, kad tokiais atvejais kaip *McLoughlin* nesama jokios teisės ir kad dėl to teisėjas turi pasinaudoti diskrecija, kad sukurtų naują teisę, kurią jis tuomet retrospektyviai taiko bylos šalims. Šiame situacijos aiškinime yra pakankamai erdvės kitam reikalavimui – kad teisėjas turi spręsti taip, kad kiek įmanoma mažiau aktyvuotų savo paties politinius ir moralinius įsitikinimus ir būtų kiek įmanoma pagarbesnis institucijoms, konvenciškai įgaliotoms kurti teisę. Kai paaiškėja, kad teisėjas šiomis aplinkybėmis kuria naują teisę, kaip tvirtina konvencionalizmas, tai atrodo įtikinama, jog jis privalo rinktis normą, kurią, jo manymu, pasirinktų tikroji legislatūra, tuo metu esanti valdžioje, arba, jeigu taip nedaro, – normą, kuri, jo paties įsitikinimu, geriausiai reprezentuoja žmonių kaip visumos valią.

Žinoma, tuo požiūriu, kurį dabar svarstome, šitai nėra taip gerai kaip tikro praeities sprendimo, priimto įgaliotosios institucijos, atradimas. Teisėjas gali suklysti spręsdamas, ką būtų nutarusi legislatūra, ir net jeigu jis teisus, apie šį hipotetišką legislatyvinį sprendimą nebuvo pranešta iš anksto, tad apdraustų lūkesčių idealas tuo būdu yra paminamas. Tačiau, pagal hipotezę, šitai yra daugiausia, ką gali padaryti teisėjas, siekiantis tarnauti idealui. Tačiau tarkime,

kad jis vadovaujasi teisės kaip integralios visumos samprata, kuri neredukuoja teisės į tai, ką praeities sprendimuose randa konvencija, bet reikalauja traktuoti kaip teisę taip pat tai, ką moralė sugestijuotų kaip geriausią šių praeities sprendimų pateisinimą. Šis teisėjas *McLoughlin* bylą sprendžia pasitelkdamas savo paties moralinius įsitikinimus, o tai nesuderinama su populiariuoju idealu. Jei jis įsitikina, kad teisė, kaip jis ją supranta, yra už ponią McLoughlin, priimdamas sprendimą jos naudai jis jausis teisus nepriklausomai nuo to, ką galvoja esama legislatūra, ir ar pritaria ar ne populiarioji moralė.

TEISINĖS KONVENCIJOS

Konvencionalizmas yra teisinės praktikos ir tradicijos samprata – interpretacija; jos likimas priklauso nuo mūsų sugebėjimo mūsų praktikoje įžvelgti tos rūšies konvencijas, kurias jis laiko išskirtiniais teisės pagrindais. Jeigu mes negalime aptikti tų specialių teisinių konvencijų, kurių reikalauja konvencionalizmas, sugriūva tiek jo interpretaciniai teiginiai, tiek prospektyvinės postinterpretacinės instrukcijos. Jis neatitiks mūsų praktikos pakankamai gerai, kad galiotų kaip tinkama interpretacija, o jo normatyvinė programa bus tuščia, nes ji mums nurodo vadovautis neegzistuojančioms konvencijomis. Taigi šios sampratos tikrinimą turime pradėti klausimu, kokiu mastu mūsų teisinė praktika gali būti suprantama kaip eksponuojanti reikalaujamos rūšies konvencijas. Net jeigu mes tokių konvencijų randame, šios sampratos autoritetas vis tiek priklauso nuo politinio apdraustų lūkesčių idealo. Mes privalome klausti, kiek tas idealas iš tikrųjų yra patrauklus, ar gerai ta samprata jam tarnauja ir ar kitos teisės koncepcijos jam gali tarnauti taip pat gerai arba geriau.

Tačiau aš pradedu tiesmukiškesniu klausimu: ar mes turime konvencijų, reikalingų konvencionalizmui. Jis neteigia, kad visi teisininkai ir teisėjai visada jau yra konvencionalistai. Jis pripažįsta, kad praktiškai kai kurie teisėjų sprendimai ir praktikos labai skiriasi nuo tų, kurias teiktų ar kurioms pritartų konvencionalistas: tokius sprendi-

mus ir praktikas jis yra pasirengęs laikyti klaidomis. Vis dėlto jis tvirtina, kad teisinė praktika kaip visuma gali būti suprantama kaip organizuojama apie svarbias teisines konvencijas, ir šis teiginys reikalauja parodyti, kad apskritai teisėjų elgesys – net tų, kurie nėra konvencionalistai, – pakankamai konverguoja, kad toje konvergencijoje leistų atrasti konvenciją.

Iš pirmo žvilgsnio šis projektas atrodo daug žadantis. Britanijoje ir Jungtinėse Valstijose beveik visi, kurie yra bent kiek susipažinę su teise, mano, kad Parlamentas ir Kongresas, ir įvairios valstybinės legislatūros kuria teisę ir kad praeities teisėjų sprendimams turi būti atiduodama duoklė priimant vėlesnius sprendimus. Išties visa tai atrodo savaime akivaizdu, nes šios propozicijos šiandien – tarp centrinių teisinių paradigmų. Be to, daugumai žmonių teisė, kurią kuria tos institucijos, yra teisė, kuri jų gyvenime turi reikšmės. Visos teisinės normos, kurios jiems yra gyvybiškai svarbios – normos, fiksuojančios mokesčių, socialinių įmokų dydį, darbo santykius, kredito galimybes bei nuomą, – gimė ir gyvuoja kaip tam tikri legislatyviniai aktai, ir bylinėjimasis tolydžio vis labiau priklauso nuo teisėjų sugebėjimo rasti reikiamas kokio nors įstatymo ar administracinių reguliacijų komplekso vietas ir nuspręsti, ką jos reiškia. Be abejo, kur kas mažiau paprastų žmonių žino apie paralelišką teisinę precedento praktiką. Bet dauguma iš jų turi tam tikrą miglotą supratimą, kad dabarties teisėjai privalo gerbti praeities teisėjų sprendimus, ir bet kurio asmens praktinė patirtis bylinėjimosi srityje patvirtins šią nuovoką, nes teisėjų nuomonės yra kupinos nuorodų į ankstesnius kitų teisėjų sprendimus. Tad esminė interpretacinė konvencionalizmo prielaida, jog mūsų teisinę praktiką pagrįstai galima suprasti kaip struktūruojamą centrinių ir visa smelkiančių teisinių konvencijų dėl teisėkūros ir precedento, atrodo atsispindinti kasdienėje patirtyje. Dabar pažvelkime įdėmiau.

Akimirką darykime prielaidą, kad Jungtinėse Valstijose Konstitucija, įstatymai, priimti Kongreso ir kelių valstijų legislatūrų, bei praeities teisminiai sprendimai yra teisės pagrindai pagal konvenciją. Anot konvencionalizmo, šitai lemia, jog geriausia tos praktikos, kurios da-

lyvis yra amerikiečių teisėjas, interpretacija įpareigoja jį konkrečiose bylose įgyvendinti visa tai, ką tos konvencijos skelbia teise, nepriklausomai nuo to, ar jis pritaria tai teisei, ar ne. Tačiau, kad tai padarytų, jis kiekvienu iš atvejų privalo nuspręsti, ką šios konvencijos skelbia teise; kad tai padarytų, jis turi nuspręsti, koks iš tiesų yra kiekvienos konvencijos turinys. Pavyzdžiui, jis turi nuspręsti, ar iš tikrųjų iš presuponuojamos teisėkūros konvencijos plaukia išvada, kad Paveldėjimo įstatymas suteikia Elmeriui teisę į palikimą, arba iš tariamos precedento konvencijos – jog praeities teisminiai sprendimai poniai McLoughlin suteikė teisę į kompensaciją.

Tačiau jau esame pažymėję, kad teisėjai ir teisininkai labai dažnai nesutaria dėl teisingo atsakymo į tokius kaip šis klausimus. Jie turi skirtingas teorijas apie tai, kaip turėtų būti skaitomi įstatymai ir praeities sprendimai. Pavyzdžiui, Niujorko valstijos teisėjai, nagrinėję Elmerio bylą, visi sutarė, kad jie privalo neignoruoti legislatūros sprendimų, kuriuos dokumentuoja Paveldėjimo įstatymas. Tačiau jie nesutarė, ko gi iš tikrųjų reikalauja šis reikalavimas, kai „pažodinė" įstatymo prasmė sugestijuoja rezultatą, kuris jiems atrodo keistas. Toks teisėjų nesutarimas konvencionalizmui tiesiogiai ir akivaizdžiai sudaro problemą. Ji rodo, kad turi būti pasakyta kažkas daugiau apie tai, kas yra konvencija, apie tai, kiek ir kokios rūšies sutarimas yra būtinas, idant tam tikra teisės propozicija galėtų būti teisinga pagal tam tikrą teisinę konvenciją.

Kai filosofai diskutuoja dėl konvencijų, jie paprastai turi galvoje labai konkrečias ir apibrėžtas konvencijas. Pavyzdžiui, reikšmingiausia iš naujausių knygų apie konvenciją aptaria konvencijas, nustatančias, kuri iš šalių turi perskambinti, kai nutrūksta telefono ryšys.[3] 2-ame skyriuje įsivaizduotoje bendruomenėje pagarbumas prasidėjo kaip konvencijų, tokių kaip ši, kompleksas. Žmonės laikėsi aiškių taisyklių, reguliuojančių, kas kokiomis aplinkybėmis nukelia skrybėlę. Tačiau kai jų nuostata jų konvencinių elgsenų atžvilgiu tapo interpretacinė, situacija tapo kur kas sudėtingesnė. Mat tuomet ėmė nesutarti, ko „iš tikrųjų" reikalauja jų pagarbumo konvencijos. Ir tada jie ėmė remtis savo moraliniais ir politiniais įsitikinimais – ne

kaip konvencijos reikalvimų alternatyva, o būtent spręsdami, kokie yra tie reikalavimai, juos deramai suprantant. Jeigu avangardinės teisinės institucijos, tokios kaip teisėkūra ir precedentas, yra konvencijos, tai štai tokios atviresnės, kitokios konvencijos. Teisininkai sutaria dėl tam tikrų abstrakčių šių konvencijų formuluočių – jie sutaria, kad iš principo teisėkūra ir precedentas yra teisės šaltiniai. Tačiau jų nuostata šių abstrakčių teiginių atžvilgiu yra interpretacinė, ir jų nuomonės apie Elmerio juridines teises perteikia interpretaciją, o ne tiesioginį ir nekontroversišką institucionalizuotos teisėkūros taikymą. Tikėtina, kad konkrečiu atveju du teisininkai nesutars dėl geriausios teisėkūros praktikų ar precedento interpretacijos, nes skirsis jų bendrieji politiniai ir moraliniai įsitikinimai.

Taigi skiriamasis konvencionalizmo teiginys, anot kurio, teisės ribas lemia tai, kas buvo nustatyta teisinėse konvencijose, galėtų atrodyti dviprasmiškas. Šią dviprasmybę galime parodyti padarydami tam tikras technines perskyras. Abstrakčios konvencijos, tokios kaip pagarbumas, teisėkūra ar precedentas, „apimtį" mes apibrėžiame kaip verdiktų ar sprendimų kompleksą, kurį žmonės, dalyvaujantys konvencijoje, įsipareigoja pripažinti. Dabar darome perskyrą tarp „eksplicitiškos" ir „implicitiškos" konvencijos apimties. Eksplicitiška apimtis yra kompleksas teiginių, kurias (beveik) kiekvienas, kurį sakoma esant konvencijos dalyvį, aktualiai pripažįsta kaip jos apimties dalį. Implicitiška apimtis yra kompleksas teiginių, kurios plaukia iš geriausios ar pagrįsčiausios konvencijos interpretacijos nepriklausomai nuo to, ar jos sudaro, ar ne eksplicitiškos apimties dalį. Tarkime, jog kokioje nors teisinėje bendruomenėje yra konvencija, kad teisėjai turi abiem pusėms suteikti vienodas galimybes išsakyti savo argumentus. Visi sutaria, kad šitai reiškia, jog abi pusės turi būti išklausytos, tačiau ginčijamasi, ar šitai taip pat reiškia, kad abi šalys turi turėti po lygiai laiko, nors vienos šalies argumentai yra sudėtingesni ar reikalauja daugiau liudininkų negu kitos. Eksplicitiška abstrakčios konvencijos apimtis tuomet apima teiginį, kad abi šalys turi būti išklausytos, tačiau ji neapima nei teiginio, kad jos turi turėti po lygiai laiko, nei priešingo teiginio, kad šalis, kurios argumentai yra sunkes-

ni, turi turėti daugiau laiko. Visi mano, kad implicitiška apimtis apima vieną arba kitą iš pastarųjų teiginį, tačiau jie nesutaria, kurį, nes nesutaria, kuris sprendimas geriausiai interpretuoja abstraktų – lygių galimybių teisme – tikslą, dėl kurio jie sutaria.

DVI KONVENCIONALIZMO RŪŠYS

Dabar mes galime išskirti tai, kas gali atrodyti kaip dvi konvencionalizmo formos ar versijos. Pirmoji, kurią mes galėtume pavadinti „griežtuoju" konvencionalizmu, nustato bendruomenės teisei ankštas ribas, sutampančias su eksplicitiška jos teisinių konvencijų, tokių kaip teisėkūra ir precedentas, apimtimi. Antrasis – pavadinkime jį „švelniuoju" konvencionalizmu – tvirtina, kad bendruomenės teisė apima viską, kas telpa implicitiškoje tų konvencijų apimtyje. (Teisėjų grupė, kurie visi būtų nuosaikūs konvencionalistai, nesutartų dėl tikslaus teisės turinio, nes jie nesutartų dėl šios implicitiškos apimties turinio.) Toli gražu ne tas pat, katrą iš šių dviejų konvencionalizmo formų mes turime svarstyti. Griežtasis konvencionalizmas būtų labai varžanti teisės samprata, nes į mūsų menamų teisėkūros ir precedento konvencijų eksplicitišką apimtį įeina labai mažai dalykų, kurie turėtų daug praktinės reikšmės teismo praktikoje. Jeigu pamėgintume aprašyti teisėkūros teoriją, pakankamai nekontroversišką, kad viešpatautų beveik kaip universalus sutarimas tarp mūsų teisininkų ir teisėjų, mes būtume ribojami maždaug štai tokios sampratos: jeigu įstatymo žodžiai leidžia vieną vienintelę reikšmę nepriklausomai nuo to, kokiame kontekste jie yra sakomi, ir jeigu mes neturime jokio pagrindo abejoti, kad ši reikšmė buvo suprantama visų teisės kūrėjų, balsavusių už ar prieš tą įstatymą arba susilaikiusių, ir įstatymas, šitaip suprantamas, nesuponuoja jokių išvadų, neįėjusių į intenciją visų tų, kurie balsavo už jį, ir būtų šitaip suprantamas visų tų viešuomenės narių, kuriems jis yra adresuotas, ir joks protaujantis asmuo jo negalėtų laikyti pažeidžiančiu kokį nors esminį ar procedūrinį Konstitucijos suvaržymą ar kaip kitaip nusižengiančiu kokiai nors plačiai išpažįstamai pažiūrai apie teisėkūros teisingumą arba efektyvumą,

tuomet teiginiai, esantys tame įstatyme, suprantami šiuo būdu, yra bendruomenės teisės dalis.

Šis teiginys atrodo komiškai silpnas. Tačiau Elmerio atvejis ir nykstančios žuvų rūšies atvejis rodo, kad teisėkūros konvencijos negalime skelbti turint ir kur kas paprastesnę eksplicitišką apimtį. Pavyzdžiui, mes negalėtume teigti, jog eksplicitiškos apimties dalis yra nuostata, kad jeigu įstatymo žodžiai yra aiškūs patys savaime, įstatymas turi tą aiškią reikšmę. Šį teiginį labai remia teisininkai, o dar labiau – paprasti žmonės, tačiau mūsų parinktieji atvejai sako, kad jis nenurodo nieko panašaus į universalų sutarimą tarp teisėjų Jungtinėse Valstijose. To nedaro ir priešingas teiginys, kad teisė neturi aiškios reikšmės, jeigu teisės kūrėjai neturėjo intencijos tą prasmę jai suteikti ir būtų ją atmetę, jeigu į ją būtų buvęs atkreiptas jų dėmesys.

Taigi jeigu konvencionalizmas yra griežtasis, jo pozityvusis teiginys neteikia jokios pagalbos teisėjams, kai jie susiduria su problemiškomis bylomis. Mat griežtasis konvencionalizmas teikia tik negatyvų patarimą, anot kurio, teisėjams nevalia vaizduotis, kad tokias bylas jie sprendžia teisiniais pagrindais. Tai paaiškina nuosaikiojo konvencionalizmo patrauklumą naujausios kartos teisės filosofams.[4] Pozityvioji nuosaikiojo konvencionalizmo dalis nurodo teisėjams spręsti remiantis savarankiška konkrečių teisėkūros ir precedento reikalavimų interpretacija, nors tai gali būti kontroversiška, ir šis patarimas nėra nerelevantiškas sunkiosiose bylose. Be to, būtų nesunku parodyti, kad visi mūsų teisėjai, įskaitant tuos, kurie sprendė mūsų parinktuosius atvejus, iš tikrųjų visą laiką vadovavosi tuo patarimu.

Visi tie teisėjai sutarė dėl abstrakčių teiginių – kad įstatymai sudaro teisę ir kad precedento sprendimams turi būti pripažįstama galia daryti tam tikrą įtaką vėlesniems sprendimams. Jie nesutarė dėl implicitiškos šių menamų teisinių konvencijų apimties. Nykstančios žuvų rūšies byloje dauguma manė, kad geriausia konvencijos dėl įstatymų interpretacija iš jų reikalauja įgyvendinti pažodinę Nykstančių biologinių rūšių akto reikšmę, jeigu negalima įrodyti Kongresą turėjus tam prieštaraujančią intenciją. Antai jie manė, kad į implicitišką

konvencijos apimtį įeina teiginys, jog energetinės užtvankos statyba turi būti nutraukta, žuvys – išsaugotos. Mažumos požiūris į konvenciją buvo kitoks, ir atitinkamai skirtingos buvo jų išvados dėl implicitiškos apimties. Jie manė, kad į ją įeina priešingas teiginys – kad teisė negina tos žuvų rūšies. Kadangi buvo nesutariama tik dėl implicitiškos konvencijų apimties, konvencijų, kurias jie visi pripažino abstraktesniu lygmeniu, juos visus būtų buvę galima sakyti esant nuosaikius konvencionalistus.

Griežtasis konvencionalizmas turi teigti teisėje egzistuojant „plyšį", kuris reikalauja realizuoti ekstrateisinę teisminę diskreciją, sukuriant naują teisę visada, kai įstatymas yra miglotas arba dviprasmiškas, ar kitaip problemiškas ir kai daugiau nėra jokios kitos konvencijos, nustatančios, kaip ją reikia skaityti. Arba kai precedentų virtinės dimensijos yra neaiškios, ir teisininkai nesutaria dėl jų galios. Tuo tarpu nuosaikiajam konvencionalistui tokiais atvejais nėra reikalo pripažinti jokio plyšio. Jis gali įtikinamai argumentuoti, kad esama korektiško, nors ir kontroversiško, būdo interpretuoti abstrakčias teisėkūros ir precedento konvencijas taip, kad būtų išspręstas bet koks pasitaikęs atvejis. Jis gali sakyti, kad pagal korektišką eksplikaciją nykstanti žuvų rūšis yra teisės ginama (arba neginama) arba kad poniai McLoughlin yra kompensuotina (arba nepripažintina teisė į kompensaciją). Tuomet jis šias propozicijas teikia implicitiškos teisinių konvencijų apimties vardu; kitaip tariant, jis jas teikia teisės pagal jo sampratą vardu, taigi neigia esant kokį nors plyšį teisėje.

Išties nuosaikusis konvencionalistas būtų pajėgus paneigti, kad esama kokių nors plyšių, net jei teisininkai nesutartų dėl šių abstrakčių konvencijų, net jei daugelis teisininkų neigtų, kad įstatymai kuria teisę arba kad precedentai turi tam tikros įtakos vėlesniems sprendimams. Net ir lakia vaizduote nepasižymintis nuosaikusis konvencionalistas gali suformuluoti ir dar abstraktesnį teiginį, priimtiną kiekvienam, kurį jis tuomet galėtų išplėtoti taip, kad jis suteiktų validumą teisės teiginiui apie nykstančią žuvų rūšį. Pavyzdžiui, jeigu esama konsenso, kad Konstitucija yra pagrindinis įstatymas, jis galėtų argumentuoti, jog šis konsensas teikia abstrakčią konvenciją, į kurios imp-

licitišką apimtį įeina teiginys, jog įstatymai turi būti įgyvendinti, nes to reikalauja geriausia Konstitucijos interpretacija, net jei tai neigia daugelis teisininkų. Tuomet jis galėtų argumentuoti kaip iki tol: nuo to tarpinio teiginio pereiti prie kokios nors konkrečios išvados dėl nykstančios žuvų rūšies.

Tarkime, kad nesama net ir konsenso, kad Konstitucija yra pagrindinis įstatymas. Nuosaikusis konvencionalistas galėtų siekti dar abstraktesnio konsenso. Tarkime, pavyzdžiui, jog mano sugestija 3-iame skyriuje – kad esama plačiai paplitusio, nors ir tylaus sutarimo, kad galutinis teisės tikslas yra įgalioti ir pateisinti valstybinę prievartą individų ir grupių atžvilgiu, – yra įtikinama. Nuosaikusis konvencionalistas šį patį abstrakčiausią konsensą galėtų suprasti kaip konvenciją, kad teisėjai turi vadovautis būtent ta teisės samprata, kuri geriausiai pateisina valstybinę prievartą, tuomet jis galėtų tvirtinti – kokią nors sampratą paskelbęs geriausia pagal tą standartą, – kad ši abstrakti konvencija iš tikrųjų apima teiginį – ji įeina į jo implicitišką apimtį, – kad precedentiniais atvejais privalu vadovautis visada, kai faktai, prezentuojami precedento, ir svarstomojo atvejo faktai moralinio principo požiūriu nesiskiria. Tuomet jis paskelbia, tik šiek tiek užduseęs, kad teisė garantuoja kompensaciją poniai McLoughlin, kad ir ką manytų bet kas kitas. Kiti teisininkai ir teisėjai, kurie būtų tokie pat nuosaikūs konvencionalistai, nesutiktų. Jie turėtų kitokią nuomonę apie tai, kuri konkretesnė koncepcija suteikia geriausią teisėtos prievartos pateisinimą, taigi turėtų skirtingą pažiūrą į implicitišką kalbamosios abstrakčios konvencijos apimtį.

Aš tikiuosi, kad dabar aišku, jog nuosaikusis konvencionalizmas mūsų dabar naudojamos trinarės sampratų perskyros požiūriu apskritai nėra konvencionalizmo forma. Mano pradiniai konvencionalizmo aprašymai ankstesniame skyriuje ir anksčiau šiame skyriuje jam netinka, kaip dabar galime matyti; jie tinka tik griežtajam konvencionalizmui. Tai yra veikiau labai abstrakti, ne iki galo išplėtota teisės kaip integralios visumos sampratos forma. Ji nepripažįsta teisės ir politikos skyrybų, kurias, vedama mano aprašytųjų motyvų, mėgina ginti konvencionalistinė teorija. Vadinamojo nuosaikiojo kon-

vencionalizmo besilaikančiam teisėjui ši ydinga konvencionalizmo atmaina nedraudžia sprendžiant aktyvuoti savo kontroversiškus moralinius ir politinius įsitikinimus. Priešingai, būtent šie įsitikinimai – apie geriausius įstatymo skaitymo metodus, apie tikrąją įstatymų vietą konstitucinėje struktūroje, apie sąsają tarp konstitucijos ir teisės idėjos, apie pagrįsčiausią teisingumo sampratą – determinuos jo sprendimą, kuris abstrakčios konvencijos eksplikacija yra geriausias, taigi, ko reikalauja teisė.

Nuosaikiajame konvencionalizme nėra nieko, kas teiktų garantijas apdraustų lūkesčių idealui, ir netgi nieko, kas jį tvirtintų, idealą, jog pateisinant kolektyvinę galią praeities sprendimais bus remiamasi tik tuo mastu, kuriuo jų autoritetą ir jų terminus nekontroversiškus daro plačiai pripažįstamos konvencijos. To idealo jis negina ir kitais mano aprašytais būdais – identifikuodamas kaip ypatingus tuos atvejus, kai nesama jokio išaiškinto praeities sprendimo, kuriuo būtų galima vadovautis. Mat pagal nuosaikųjį konvencionalizmą, visi mūsų parinktieji atvejai yra atvejai, reguliuojami teisės, ir nuosaikiojo konvencionalizmo besilaikantys teisėjai, sprendžiantys šiuos atvejus, neturėtų jokio pagrindo duoti valdžią savo pačių pažiūroms apie tai, ką esama legislatūra darytų arba kokia yra žmonių valia. Priešingai, jie turėtų normalų pagrindą nepaisyti bet kokios nuomonės ar informacijos apie tai: jų pagrindas būtų tas, kad teisė yra teisė ir ją privalu vykdyti, kad ir kokia nepopuliari ji būtų esamo politinės opinijos klimato sąlygomis.

Todėl jeigu konvencionalizmas nori pateikti atskirą ir tvirtą teisės sampratą, nors net labai nutolusią nuo tų populiarių pažiūrų šeimos, kurias mes jį manėme išreiškiant, tai konvencionalizmas turi būti griežtas, o ne nuosaikus. Mes turime sutikti, kad pozityvioji konvencionalizmo dalis – teiginys, jog teisėjai privalo gerbti eksplicitišką teisinių konvencijų apimtį – negali nieko naudinga patarti teisėjams, sprendžiantiems sunkiąsias bylas. Šios neišvengiamai bus tokios, kad eksplicitiška įvairių teisinių konvencijų apimtis negalės lemti kurios nors iš alternatyvų pasirinkimo, todėl teisėjas turės pasinaudoti savo diskrecija ir pasitelkti ekstrateisinius standartus. Ta-

čiau dabar galima pasakyti, kad ši išvada toli gražu nėra slogi, nes ji teigia būtent praktinę konvencionalizmo svarbą bylų sprendimui. Tad pozityvioji tos sampratos dalis yra didžiulė ledkalnio masė, slūgsanti po teisinės praktikos paviršiumi. Tai paaiškina, kodėl bylos nepasiekia teismo, kai susiklosto sąlygos, nurodomos minėtajame komiškai silpname mūsų teisinių konvencijų eksplicitiškos apimties aprašyme, o taip būna dažniausiai. Tačiau sunkiosiose bylose į sceną įžengia negatyvioji dalis. Ji sako teisėjams, jog kai įstatymai yra ginčijami, o precedentų reikšmė neaiški, jie turėtų atidėti į šalį bet kokią idėją, kad jų sprendimas gali remtis teisėmis, jau nustatytomis praeities politinių aktų. Jie turėtų drąsiai prisiimti legislatyvinę naujos teisės kūrėjų atsakomybę.

Kiekvienu atveju mes turime testuoti būtent griežtąją konvencionalizmo versiją, pretenduojančią būti bendra mūsų teisinės praktikos interpretacija. Griežtasis konvencionalizmas teigia, jog sunkiosiose bylose teisėjai yra laisvi įstatyminių aktų ir precedento atžvilgiu, nes eksplicitiška šių teisinių konvencijų apimtis nėra pakankama, kad leistų išspręsti tuos atvejus. Turime paklausti, kiek šis intepretacinis teiginys atitinka mūsų parinktuosius atvejus. Tačiau čia turėtume bent jau pažymėti, kaip naujasis negatyvios konvencionalizmo dalies akcentavimas paneigia mano anksčiau minėtą hipotezę, kad negatyvioji dalis remia politinį apdraustų lūkesčių idealą, atskirdama atvejus, kai tas idealas negali būti patenkintas. Kaip pozityviosios konvencionalizmo dalies praktinė svarba ima atrodyti menka teisme, nes teisėjai turi tiek nedaug progų remtis teise taip, kaip tai konstruoja konvencionalizmas, taip ir ši ypatinga negatyvios dalies gynyba tampa silpnesnė dėl to, kad normą visą laiką griauna išimtys. Jeigu visais tais atvejais, kurie pritraukia dėmesį dėl to, kad yra argumentuojami svarbiuose apeliaciniuose teismuose, priekabiai stebint publikai, teisėjai naudojasi proga skrupulingai paneigti, kad savo sprendimais jie tarnauja apdraustų lūkesčių tikslui, tai šitai vargu ar gali labai pasitarnauti viešuomenės tikėjimo tuo idealu tvirtinimui.

AR KONVENCIONALIZMAS ATITINKA MŪSŲ PRAKTIKĄ?

Konvencija ir nuoseklumas

Pagaliau aš priėjau prie argumentų prieš konvencionalizmą. Griežtasis konvencionalizmas kaip mūsų teisinės praktikos interpretacija patiria nesėkmę, net kai – ypač kai – mes akcentuojame jo negatyvią dalį. Jis nenusiseka dėl štai kokios paradoksalios priežasties: mūsų teisėjai iš tikrųjų skiria *daugiau* dėmesio vadinamiesiems konvenciniams teisės šaltiniams – tokiems kaip įstatymai ir precedentai, – negu numato konvencionalizmas. Sąmoningai griežtai konvencionalistiškas teisėjas liautųsi domėtis teisėkūra ir precedentais būtent tuo momentu, kai taptų aišku, kad šių menamų konvencijų eksplicitiška apimtis nesuteikia jokio pagrindo. Jis tuomet pripažintų, kad jokios teisės nėra, ir jam daugiau neberūpėtų nuoseklumas praeities atžvilgiu; dabar jis imtųsi kurti naują teisę, klausdamas, kokią teisę kurtų dabartinė legislatūtra arba ko nori žmonės, arba kas geriausiai atitiktų bendruomenės ateities interesus.

Jeigu Elmerio bylos teisėjai būtų buvę griežti konvencionalistai, jie tą bylą būtų sprendę dviem etapais. Pirmiausia jie būtų ištyrę teisminę praktiką, kad sužinotų, ar beveik visi kiti teisėjai sutaria, jog įstatymo žodžiams privalu teikti jų „pažodinę" prasmę, net jeigu tai nebuvo teisės kūrėjų intencija, arba priešingai – kad šiomis aplinkybėmis žodžiams neturėtų būti teikiama jų pažodinė prasmė. Teisėjai tuo atveju būtų nedelsdami atsakę neigiamai, nes akivaizdu, kad kiti teisėjai nėra visuotinai sutarę taip ar antraip. Nei Earlas, nei Gray negalėjo galvoti, kad jo pažiūra yra teisėkūros konvencijos eksplicitiškos apimties dalis, nes kiekvienas žinojo, kad daugelis teisininkų mano, jog teisinga yra kitokia pažiūra. Todėl jie tuojau būtų perėję prie kito, legislatyvinio etapo: jie būtų mėginę nustatyti, kuris sprendimas yra protingesnis arba teisingesnis, arba demokratiškesnis, ar kaip kitaip geriau pasitarnautų bendruomenei. Jie nebūtų skubėję teikti tokių argumentų, kuriuos jie pasitelkė įstatymui tirti, obsesyviai klausdami, ar vienas iš sprendimų la-

biau dera su įstatymo tekstu ar dvasia arba teisingu santykiu tarp jo ir likusios teisės.

Pastarieji argumentai, skirtingais būdais visą dėmesį telkiantys į klausimą, kaip derėtų skaityti įstatymą, yra prasmingi tik tuo atveju, jei daroma prielaida, kad teisė, kurią įgyvendinti yra teisėjų *prievolė,* priklauso nuo „korektiško" perskaitymo, net kai yra ginčijamasi, ką tai reiškia; būtent šią prielaidą konvencionalizmas neigia. Elmerio atvejis, teikiantis šios rūšies kontrpavyzdį, nėra neįprastas. Nykstančios žuvų rūšies byloje Aukščiausiojo teismo teisėjai pasisakė apie deramą būdą skaityti Nykstančių biologinių rūšių aktą. Jie nesutarė, ar korektiška teisėkūros teorija yra ta, kuri juos įpareigoja įgyvendinti patį pažodiškiausią, ar ta, kuri įpareigoja įgyvendinti patį protingiausią įstatymo perskaitymą, nesant jokių patikimų įrodymų, kokia iš tikrųjų buvo Kongreso intencija. Teisėjai, sprendę *McLoughlin* bylą, rūpinosi pačiu tiksliausiu principų, grindžiančių jiems nurodytus precedentinius atvejus, aprašymu, nors jie žinojo, kad jokios konvencijos eksplicitiškoje apimtyje nėra nieko, kas nustatytų, kokie yra šie principai arba kokį svorį jiems dera teikti. *Brown* byloje Aukščiausiojo teismo argumentai aiškino, kokią teisingumo schemą presuponuoja Konstitucijos struktūros, kokia yra vienodos apsaugos klauzulės vieta toje schemoje ir kokia tikroji tos klauzulės įtaka Kanzaso valstijos teisinei galiai juridiškai reguliuoti mokyklų sistemą, nors kiekvienas Aukščiausiojo teismo teisėjas žinojo, kad nė vienas atsakymas į šiuos klausimus nėra nustatytas konvencijos.

Aš nenoriu pasakyti, kad savimoningas konvencionalistas iš viso ignoruotų įstatymus ir precedentus, jeigu tai, kokią galią jiems dera teikti, yra kontroversijos objektas. Pasiekęs tą ribą, jis jų netraktuotų kaip teisės šaltinių, tačiau jo bendroji atsakomybė situacijoje, kai jis mano teisės aiškinamąją galią išsekus, reikalauja kurti naują teisę ateičiai, geriausią pagal jo galimybes, ir praeities teisinė doktrina jam galėtų rūpėti būtent tiek, kiek tai susiję su šiuo klausimu. Pavyzdžiui, jeigu jis mano, kad naują teisę jis turi kurti demokratiškai, laikydamasis esamos legislatūros ar esamo populiariosios opinijos klimato dvasios, jis galėtų atsigręžti į praeities sprendimus kaip į dokumentus, rodančius,

kokios yra tikėtinos legislatūros intencijos arba publikos norai. Tačiau praeitį jis traktuotų kaip esamų laikysenų ir įsitikinimų liudijimą, o ne kaip svarbią pačią savaime, ir jo susidomėjimas ta praeitimi menktų, šiai tolstant ir dėl to prarandant liudijamąją vertę.

Geresnių esamų nuostatų liudijimų jis greičiausiai rastų savo paties politinėje patirtyje arba populiariojoje spaudoje, o ne įstatymuose – kad ir gana nesenuose – išleistuose legislatūros, kurioje nebėra daugumos buvusių narių. Taip pat jo suinteresuotumas įrodymais nereikalautų iš jo tikrinti praeities doktrinos – mėginant nužymėti jos vietą teisėje kaip visumoje – tuo įkyriu būdu, kuriuo tai daro teisėjai. Jei klausimas, ar paveldėjimo įstatymas labiau dera su tradiciniais teisės principais, kai interpretuojamas kaip draudžiąs paveldėti žudikams, yra delikatus ir subtiliai subalansuotas, tai vargu ar šis klausimas yra būdas pagrįsti sprendimui, kam šiuo metu yra palankūs dauguma žmonių. Jeigu tai, ko reikalautų geriausia *McLoughlin* byloje minimų precedentų interpretacija, yra delikačios teisinės analizės dalykas, tai bet koks atsakymas yra labai silpnas įrodymas sprendžiant, kuris sprendimas bus pats populiariausias arba pats naudingiausias ateičiai.

Tačiau dabar būtų galima pasakyti, kad savimoningas konvencionalistas išties svarstytų praeities doktriną taip, kaip tai daro teisėjai, tačiau ne ieškodamas populiariosios opinijos įrodymų, o turėdamas labiau tiesioginį interesą – juk bet kokiam teisės kūrėjui turi rūpėti, kad naujai sukurta teisė derėtų su senąja. Todėl nuoseklumo siekis gali paaiškinti, kodėl teisėjams, sunkiosiose bylose kuriantiems naują teisę, taip rūpi jos kaimynystė – įvairūs praeities įstatymai ir precedentai. Šioje sugestijoje esama racijos, tačiau jos negalime įžvelgti, jeigu rūpestingai neatskiriame dviejų nuoseklumo, kurio galėtų siekti teisės kūrėjas, rūšių: strategijos nuoseklumo ir principo nuoseklumo. Tam, kuris kuria teisę, turi rūpėti strategijos tęstinumas. Jam turi rūpėti, kad naujos normos, kurias jis steigia, pakankamai gerai derėtų su normomis, nustatytomis kitų, arba su tomis, kurios, tikėtina, bus nustatytos ateityje, kad visas normų kompleksas darniai funkcionuotų ir gerintų situaciją, o ne stumtų priešinga kryptimi – blogyn.

Teisėjas konvencionalistas, besinaudojantis savo diskrecija, turi itin rūpestingai atsižvelgti į šį pavojų, nes jo galia keisti egzistuojančią teisę yra labai suvaržyta. Tarkime, kad prieš pasidomėdamas teisės archyvu, jis mano, kad *McLoughlin* byloje geriausia priimti sprendimą atsakovo naudai, nes bendruomenei kaip visumai prospektyvinių aukų draudimas nuo emocinės žalos atsieitų pigiau nei vairuotojų atsakomybės už tokią emocinę žalą draudimas. Tačiau kai peržiūrėjęs precedentus jis sužino, kad motinos jau turi juridinę teisę į kompensaciją dėl emocinės žalos, patirtos tiesiogiai pamačius nelaimę, taigi ir tai, kad vairuotojai jau dabar privalo draustis nuo atvejų, kai tokiomis aplinkybėmis padaroma emocinė žala, draudimo kainos klausimas tampa sudėtingesnis. Dabar jis turi klausti: brangiau ar pigiau atsieitų privalomas potencialių aukų draudimas nuo emocinės žalos tokiomis labai ypatingomis aplinkybėmis kaip ponios McLoughlin atvejo, turint omenyje tai, jog vairuotojai, šiaip ar taip, privalo draustis, ir visiškai tikėtina, kad jis nuspręstų, jog šitoks rizikos padalijimas būtų toks neefektyvus, kad nauda, gaunama iš rizikos dalies paskyrimo aukoms, jo neatsvertų. Šis paprastas pavyzdys mums teikia paradigminį legislatyvinio sprendimo atvejį, kai lemiamas vaidmuo tenka strategijos tęstinumui.

Tačiau strategijos tęstinumas iš teisėjo nereikalautų ištirti praeitį siekiant rasti „geriausią" įstatymo ar Konstitucijos interpretaciją, kai ji yra kontroversijos objektas, arba „korektiško" praeities teisminio sprendimo paaiškinimo, kai teisininkai nesutaria, kaip jį dera skaityti. Mat įstatymas arba praeities sprendimas yra problemiškas strategijos nuoseklumo požiūriu tik tuo atveju, kai jie suteikia žmonėms juridines teises, kurių teisėjas, kuriantis naują normą, dėl kokios nors priežasties negali pakeisti, teises, kurios prastai derėtų su naujomis teisėmis, kurias jis nori sukurti. Mūsų ką tik įsivaizduotam teisėjui konvencionalistui, kuriam rūpi, ar sprendimas prieš ponią McLoughlin būtų kvalifikuotas sprendimas, turint omenyje precedentus, nustačiusius, kad motinos gali gauti kompensaciją už emocinę žalą, patirtą įvykio vietoje, nėra reikalo ieškoti kokio nors platesnio grindžiamojo principo, „įtvirtinto" tų precedentų, arba ginti vieną

kontroversišką pažiūrą į tų principų turinį. Jo interesas precedentams baigiasi tada, kai – bent jau tuo mastu, kuriuo – jį tenkina tai, jog, pagal jo teisės sampratą, jie nustato tik tai, kad teisę į kompensaciją turi motinos, įvykio vietoje patiriančios emocinę žalą, ir tai yra aišku išsyk ir be jokios refleksijos apie platesnius grindžiamuosius principus, kurių esmė yra ginčo dalykas.

Kitas dalykas yra principo nuoseklumas. Jis reikalauja, kad įvairūs standartai, reguliuojantys valstybinės prievartos naudojimą prieš jos piliečius, būtų nuoseklūs ta prasme, jog išreikštų vieningą ir visa apimančią teisingumo viziją. Teisėjui, kuris siektų principo nuoseklumo, iš tiesų rūpėtų – kaip rūpėjo teisėjams mūsų parinktose bylose – principai, kurie turi būti suprantami kaip pateisinantys praeities įstatymus ir precedentus. Jeigu jis būtų linkęs priimti sprendimą prieš ponią McLoughlin, jis savęs paklaustų, ar galima būtų padaryti kokią nors principais besiremiančią perskyrą tarp jos atvejo ir atvejo tų motinų, kurios gauna kompensaciją už emocinę žalą, patirtą nelaimės vietoje. Jeigu jis būtų linkęs priimti sprendimą prieš Elmerį, jam rūpėtų, ar toks sprendimas dera su pozicija, kurią įstatymai užima mūsų bendrojoje jurisprudencijos schemoje, kaip jis tai supranta.

Tačiau konvencionalizmas skiriasi nuo teisės kaip integralios visumos sampratos būtent tuo, kad jis neigia, jog principo nuoseklumas gali būti juridinių teisių šaltinis. Teisės kaip integralios visumos samprata, priešingai, pripažįsta šį šaltinį ir mano, kad žmonės turi juridines teises – teises, kurios plaukia iš politinių institucijų praeities sprendimų, taigi ir teikia įgaliojimus valstybinei prievartai, ir kurios pranoksta eksplicitišką politinių praktikų, suvokiamų kaip konvencijos, apimtį. Teisės kaip integralios visumos samprata taria, kad žmonės turi teisę į koherentišką ir principais grindžiamą praeities politinių sprendimų taikymą, net kai teisėjai karštai ginčijasi dėl to, ką šitai reiškia. Konvencionalizmas tai neigia: konvencionalistas teisėjas neturi jokio pagrindo pripažinti principo tęstinumą kaip bylų sprendimo dorybę arba dviprasmiškų įstatymų ar ne visiškai atitinkamų precedentų analizę kaip priemonę tos dorybės siekti.

Žinoma, jeigu konvencionalizmas būtų tik semantinė teorija, aiškinanti, jog frazė „juridinės teisės“ neturėtų būti vartojama teisėms, kurias žmonės turi principo nuoseklumo dėka, aprašyti, tai konvencionalistas teisėjas iš tiesų galėtų gyvai domėtis šia nuoseklumo forma, tik kitaip nusakoma. Jis galėtų sakyti, jog kai eksplicitiškos konvencijos nebeužtenka, žmonės turi moralinę teisę į tai, kas, teisės kaip integralios visumos sampratos teigimu, yra jų juridinės teisės. Tuomet sunkiąsias bylas jis spręstų lygiai taip pat, kaip daro tie jo brolijoje, kurie išpažįsta teisės kaip integralios visumos sampratą. Tačiau mes studijuojame substanciškas teisinės praktikos interpretacijas, o ne semantines teorijas, ir mūsų interesas konvencionalizmo atžvilgiu čia susijęs su jo negatyviu teiginiu, kad vidinė normatyvinė praeities sprendimų galia yra ne kas kita kaip konvencijos galia. Konvencionalizmas yra teorija apie žmonių juridines teises ta prasme, kurią mes identifikavome kaip turinčią lemiamą reikšmę jurispridencijoje, o ne siūlymas, kaip turėtų būti vartojamas „teisiškumo“ terminas. Kiekvienas, kuris mano, kad principo nuoseklumas – o ne vien strategijos nuoseklumas – turi sudaryti bylų sprendimo šerdį, atmeta konvencionalizmą, suvokia jis tai ar ne.

Konvencija ir konsensas

Taigi tas pats mūsų teisinės praktikos bruožas, kuris, kaip atrodė, konvencionalizmą daro gera teisinės praktikos interpretacija – gilus, nuolatinis teisėjų ir teisininkų rūpinimasis „korektišku“ įstatymų ir precedentų skaitymu sunkiosiose bylose – iš tikrųjų yra tos sampratos sutrikimo šaltinis. Jis teikia beveik mirtiną argumentą prieš konvencionalizmą, verčiantį suabejoti net jo, kaip mūsų praktikos interpretacijos, dorumu. Tačiau aš pasiūlysiu kitą argumentacijos prieš konvencionalizmą liniją, nes kiekvieno defekto toje sampratoje atskleidimas padeda kloti kelią sėkmingesnės sampratos link. Ką tik baigta diskusija teisinį samprotavimą studijavo skerspjūvio metodu, tirdama kontroversijos detales bylos po bylos. Aš dar nekvestionavau prielaidos, kuria konvencionalizmas pradeda: jog kad ir kokį

konsensą teisininkai yra pasiekę dėl teisėkūros ir precedento, jį dera suprasti kaip *konvencijos* dalyką. Ar taip yra iš tikrųjų? Šis klausimas iš mūsų reikalauja pakeisti mūsų dėmesio fokusą ir mūsų teisinę praktiką svarstyti ne remiantis reprezentatyviais pavyzdžiais, o stebint jos procesą per tam tikrą laiką.

Darykime prielaidą, kad kone kiekvienas teisininkas ir teisėjas Britanijoje sutinka, kad jeigu įstatymas yra tinkamai priimamas Parlamento ir patvirtinamas Karalienės sankcijos, ir negali būti jokios tikros abejonės dėl to, ką reiškia įstatymo kalba, tai teisė yra tai, kas ji yra anot aiškių įstatymo žodžių. Jie visi galvoja, kad šitai „savaime aišku", ir tai traktuoja kaip vieną iš savo teisinio argumento paradigmų. Tačiau šis tariamas konsensas turi du galimus paaiškinimus. Galbūt teisininkai ir teisėjai pripažįsta tą propoziciją kaip teisingą pagal konvenciją, kitaip tariant, teisinga tiesiog dėl to, kad ją pripažįsta visi kiti taip, kaip šachmatų žaidėjai visi pripažįsta, kad karaliaus figūra galima daryti tik vieną ėjimą. O gal visi teisininkai ir teisėjai pripažįsta tą propoziciją kaip akivaizdžiai teisingą, bet ne pagal konvenciją: galbūt konsensas yra nepriklausomo įsitikinimo konsensas taip, kaip mes visi sutinkame, kad yra neteisinga luošinti kūdikius arba bausti žmones, kuriuos žinome esant nekaltus. Skirtumas yra štai koks. Jeigu teisininkai mano, kad tam tikra propozicija apie teisėkūrą yra teisinga pagal konvenciją, jie nemanys, jog jiems reikia kokio nors *substanciško* pagrindo ją pripažinti. Taigi bet kokia substanciška šios propozicijos ataka bus nusižengimas protokolui bylos sprendimo kontekste, lygiai kaip šachmatų taisyklių išmintingumo kritika yra neleistina žaidimo metu. Tačiau jeigu konsensas yra įsitikinimo konsensas, tada nesutikimas, kad ir koks netikėtas, nebus nepriimtinas ta pačia prasme, nes kiekvienas pripažins, kad substanciškos argumentacijos už propoziciją kritikavimas yra pačios propozicijos kritikavimas. Konsensas truks tik tol, kol dauguma teisininkų pripažįsta įsitikinimus, kurie jį išlaiko.

Katras paaiškinimas geriau nusako tai, kaip teisininkai ir teisėjai traktuoja propozicijas apie tai, kas yra „savaime suprantama" kalbant apie teisėkūrą? Neverta tikėtis, kad vien atsitiktine tvarka skaitydami teisėjų nuomones rasime daug medžiagos, patvirtinančios vie-

ną arba kitą alternatyvą, nes neverta viltis, jog teisėjai paaiškins, kodėl jie mano, kad kiekvienas taip mano. Į teisėjų sprendimų modelį turime pažiūrėti laiko proceso požiūriu. Palyginę institucionalizuotus legislatyvinės interpretacijos stilius arba precedento doktrinas atskirais laikotarpiais, kuriuos skiria, tarkime, penkiasdešimt metų ar daugiau, matome ryškius, o kartais radikalius pokyčius. Per pastaruosius du šimtmečius tiek Britanijoje, tiek Amerikoje labai pasikeitė teisėjų nuostatos Elmerio ir nykstančios žuvų rūšies atvejus siejančiu klausimu: kokiu mastu ir kokiu būdu legislatyvinė intencija yra relevantiška skaitant įstatymus.[5] Kaip turime aiškinti tokią ryškią permainą dominuojančioje teisėkūros teorijoje?

Faktai yra pakankamai aiškūs. Praktika kito reaguojant į argumentus, teiktus teisėjavimo kontekste, suprantamus kaip argumentus dėl to, ką teisėjai turėtų daryti tam tikrais atvejais, o ne specialiose minikonstitucinėse konvencijose. Sėkmingi argumentai buvo išvesti iš bendresnių politinės ir socialinės kultūros judėjimų programų, taigi sudarė dalį ne tik teisinės, bet ir intelektualinės istorijos. Tačiau jie turėjo savo atskirą teisinį gyvenimą. Jie įžengė į teisės mokyklų auditorijas, pasirodė teisės žurnalų straipsniuose, tuomet kaip teisininkų argumentai figūravo konkrečiose bylose, tada kaip teisėjų argumentai – atskirosiose nuomonėse, aiškinančiose, kodėl daugumos nuomonė, atspindinti to meto ortodoksiją, yra nepatenkinama, tuomet, jau kaip daugumos nuomonė, vis dažniau ir dažniau figūravo įvairiose bylose, o tada virto teiginiais, kurie nebeminimi, nes tai, ką jie sako, yra „savaime aišku". Visi tie argumentai per savo ilgą karjerą nesiliovė tarę, jog nusistovėjusios praktikos, kurias jie kvestionuoja, yra konsensiško įsitikinimo ortodoksijos, o ne pamatinės konvencijos normos. Tokie argumentai būtų buvę bejėgiai, net kvaili, jei visi būtų manę, kad toms kvestionuojamoms praktikoms nėra būtina jokia kita parama, išskyrus konvenciją, arba kad šios praktikos konstituoja teisės žaidimą taip, kaip šachmatų normos konstituoja šachmatų žaidimą.

Žinoma, žaidimų taisyklės laikui bėgant kinta. Tačiau kai normos pripažįstamos kaip konvencijos dalykas, tampa neišvengiama aiški

perskyra tarp argumentų dėl normų ir argumentų, apeliuojančių į normas. Jeigu būtų sušauktas pasaulio šachmatų kongresas, turint tikslą persvarstyti taisykles rengiantis ateities turnyrams, tame kongrese būtų teikiami tokie argumentai, kurie būtų aiškiai nederami šachmatų žaidimo metu. Ir *vice versa*. Galbūt šachmatai keltų didesnį entuziazmą ir būtų įdomesni, jeigu taisyklės būtų pakeistos taip, kad per žaidimą būtų galima daryti du ėjimus karaliaus figūra. Tačiau tas, kuris taip manytų, šios sugestijos nelaikytų argumentu, jog ir dabar, galiojant esamoms taisyklėms, per žaidimą galima daryti du ėjimus karaliaus figūra. Tačiau teisininkai dažnai net ir institucionalizuotas praktikas kviečia pakeisti vidury žaidimo. Kai kurie iš ankstyviausių argumentų, raginusių atsižvelgti į legislatyvines intencijas, teisėjams buvo pateikti bylų nagrinėjimo metu. Svarbios permainos precedento doktrinoje taip pat buvo inicijuotos žaidimo viduryje: teisėjai buvo įtikinti – arba patys save įtikino, – kad iš tikrųjų jie nėra saistomi teismo sprendimų, kuriuos jų pirmtakai laikė saistančiais. Arba – tai iš esmės tas pat – teisėjai pakeitė savo nuomonę apie tai, kokiais praeities sprendimų aspektais ar bruožais iš jų reikalaujama vadovautis. Ir vėl: šios permainos, nors ir radikalios žvelgiant diachroniškai, buvo teisminės praktikos vidinė kaita, atspindinti nuostatų dėl precedento ir, bendriau imant, teisėjo sprendimo tikslo kitimą. Jos nebuvo specialių susitarimų, kuriais nutariama remtis nauju konvencijų kompleksu, rezultatas.

Šis argumentas neįrodo, kad amerikiečių ar britų teisininkai absoliučiai nieko nelaiko sulygtu tikros konvencijos dalyku. Turbūt joks politinis argumentas negalėtų įtikinti Amerikos teisėjų atmesti teiginį, jog Kongresas turi būti renkamas Konstitucijos – tarpais įvedant pataisas sutinkamai su jos pačios pataisų nuostatomis – reikalaujamu būdu. Konstitucijos autoritetą visi teisėjai greičiausiai pripažįsta kaip konvencijos dalyką, o ne kaip sveiku protu pagrįstos politinės teorijos rezultatą. Tačiau iš savo diskusijos mes galime drąsiai daryti dvi išvadas. Pirma, *nereikia* jokių konvencija nustatytų dalykų ne tik tam, kad teisinė sistema egzistuotų, bet ir tam, kad ji klestėtų. Kad efektyviai funkcionuotų, interpretacinei nuostatai reikia paradigmų, tačiau šios

neprivalo būti konvencijos dalykai. Kad vyktų procesas, kurį aš aprašiau 2-ame skyriuje – pavienių paradigmų kvestionavimas po vieną, panašus į Neurath'o laivo remontą, vykdomą jūroje, kai vienu metu keičiama tik viena lenta, – užteks to, kad sutarimas įsitikinimų klausimais bet kuriuo metu yra tokio lygio, jog įmanomi debatai apie fundamentalias praktikas, tokias kaip tesėkūra ir precedentas. Antra, daugybė mūsų konstitucinių praktikų bruožų debatuojami būtent taip: po vieną vienu kartu, todėl neįtaigu rekomenduoti konvencionalizmą kaip gerą interpretaciją to proceso, kurio metu mūsų teisinė kultūra patiria pokyčius ir vystosi laike. Konvencionalizmas čia, kaip ir reprezentatyvių pavyzdžių interpretacijoje, patiria nesėkmę aiškindamas, kaip yra debatuojami ir sprendžiami konkretūs sunkieji atvejai, tokie kaip mūsų parinktieji. Metodus, naudojamus įstatymams interpretuoti ir precedentų svarumui įvertinti,– net tuos, kurių niekas nekvestionuoja, – mūsų teisėjai traktuoja ne kaip paprasčiausias priemones, paveldėtas per jų senovinio meno tradicijas, bet kaip principus, kuriuos jie taria esant galimus pateisinti kokioje nors gilesnėje politinėje teorijoje, ir kai jie tuo suabejoja – nesvarbu, dėl kokios priežasties, – jie konstruoja teorijas, kurios jiems atrodo geresnės.

AR KONVENCIONALIZMAS PATEISINA MŪSŲ PRAKTIKĄ?

Teisės samprata yra bendra, abstrakti teisinės praktikos kaip visumos interpretacija. Ji siūlo, kaip tą praktiką parodyti jai palankiausioje šviesoje, panaudojant kokį nors argumentą, aiškinantį, kodėl teisė pagal tą sampratą teikia adekvatų valstybinės prievartos pateisinimą. Iki šiol visą dėmesį mes skyrėme vienai dimensijai, kuri yra privaloma bet kokiai bendrai tokios rūšies interpretacijai, kad išlaikytų testą. Ji turi atitikti mūsų praktiką, ir mes atskleidėme svarbias priežastis manyti, kad konvencionalizmas jos neatitinka. Kaip yra su kita dimensija? Jeigu, priešingai mano argumentui, konvencionalizmas atitiktų mūsų praktikas, ar jis teiktų įtikinamą jų pateisinimą? Netgi klaustina, ar jis teiktų dorą jų pateisinimą. Šio skyriaus pra-

džioje aš aprašiau argumentą, anot kurio, jis teiktų tokį patesinimą. Tas argumentas apeliavo į tai, ką aš pavadinau apdraustų lūkesčių idealu, pagal kurį kolektyvinė galia turėtų būti naudojama tik laikantis standartų, atrinktų ir skaitomų tarpininkaujant procedūroms, kurias bendruomenė kaip visuma žino būsiant panaudotas tam tikslui, procedūras, kurios yra taip plačiai pripažįstamos, kad jos yra bendro socialinio ar profesinio įsitikinimo dalykas. Dabar mes turime paklausti, ar šis idealas yra pagrįstas sveiku protu, ir kokiu mastu jis iš tikrųjų remia konvencionalizmą.

Teisingumas ir netikėtumas

Mes turime pašalinti vieną potencialų painiavos šaltinį. Gali būti manoma, jog apdraustų lūkesčių idealas yra akivaizdžiai demokratiškas idealas, nes jis siūlo, kad valstybinė prievarta būtų naudojama tik tada, kai ji sankcionuojama procedūromis, dėl kurių žmonės yra sutarę.[6] Tačiau ši apeliacija į demokratiją painioja du klausimus: ar žmonės turėtų turėti galutinio žodžio, lemiančio tai, kaip teisėjai sprendžia bylas, teisę, realizuojamą demokratiškai renkamų institucijų? Kurią teoriją apie tai, kaip teisėjai turi spręsti bylas, tie žmonės turėtų pasirinkti ir patvirtinti? Tiek Jungtinėse Valstijose, tiek Britanijoje, taip pat kitose demokratinėse šalyse žmonės turi nepanaikinamą galią pakeisti bet kokią egzistuojančią teisinę praktiką. Jie gali išrinkti teisės leidėjus, kurie turi galią vienokiomis ar kitokiomis priemonėmis savo valią primesti teisėjams.[7] Dabar mes teiraujamės atsakymų į antrąjį klausimą. Ar mes galime rasti kokią nors priežastį, dėl kurios šie teisės kūrėjai turėtų pasirinkti konvencionalistinę bylų sprendimo sistemą?

Kas nors galėtų pasakyti: „Konvencionalistinė sistema yra geriausia, nes teisingumas reikalauja, kad žmonės būtų perspėjami, kai jų planus gali pertraukti valstybės galios įsikišimas, kuriuo iš jų atimama kuri nors laisvė arba nuosavybė, arba galimybė. Toks įsikišimas yra pateisinamas tik tuomet, kai įsikišimo sąlygos yra paskelbtos iš anksto, kad kiekvienas, kuris klauso, išgirstų ir suprastų. Todėl turi

būti nustatytos ir griežtai vykdomos konvencijos dėl būdo, kuriuo tokios instrukcijos turi būti teikiamos, o jų turinys – fiksuojamas, kad ginčo dalyku negalėtų būti tai, kokios tos instrukcijos yra. Žinoma, kad ir kokios aiškios yra šios konvencinės procedūros arba kaip skrupulingai jos naudojamos, pasitaikys tam tikrų atvejų – kaip parodė parinktieji atvejai, – kai instrukcijos bus suprantamos kaip neaiškios arba nepakankamos. Tokiais atvejais teisėjai lems tam tikrą netikėtumą nepriklausomai nuo to, kokį sprendimą jie priima, tad teisės idėja, kuri nerekomenduoja to, kas nenumatyta, nebebus reikšminga. Tuomet teisėjas turi daryti geriausia, ką gali, bendruomenei kaip visumai, atvirai ir dorai, nepretenduodamas „nustatyti" kokią nors teisę, neva slypinčią anapus įstatymų ar precedentų paviršiaus, teisę, kurią tik jis vienas gali matyti. Mat tokia pretenzija slepia faktą, kad tokiu atveju teisės tikslui ne pasitarnaujama, o neišvengiamai pakenkiama. Jeigu vaizduojame, kad yra įmanoma teisė, kai neišku, kokia yra ta teisė, mes išleisime iš akių intymią sąsają tarp teisės ir teisingo perspėjimo, ir mūsų politika ateityje nebus teisingesnė. Tik sistema, atvirai įsipareigojusi konvencionalizmui, kuris nepripažista jokios teisės anapus konvencijos, gali suteikti apsaugą, kurios mums reikia."

Šis argumentas remiasi prielaida, kad nenumatytumo redukcija yra vertingas ir svarbus politinės moralės tikslas. Ar iš tiesų? Netikėtumas kyla, kai sužlugdomos žmonių prognozės, tačiau tai nėra neteisinga apskritai, net kai sugriautosios prognozės yra racionalios, t. y. gerai pagrįstos apriorinių tikimybių pasvėrimu. Nėra neteisinga, kai mano pasirinktas žirgas pralaimi, net jei aš turėjau tvirtą pagrindą būti tikras, kad jis laimės. Netikėtumas, žinoma, neteisingas vienu ypatingu atveju: kai prognozė buvo specialiai skatinama būtent tų, kurie sąmoningai ją sužlugdė. Jeigu konvencionalizmas būtų taip sutartinai praktikuojamas konkrečioje jurisdikcinėje sistemoje ir taip dažnai skelbiamas ir tvirtinamas viešųjų institucijų, kad žmonėms tai taptų pagrindu kliautis tuo bylų sprendimo stiliumi, žinoma, būtų neteisinga, jei koks teisėjas staiga jo atsisakytų. Tačiau, kaip nustatė mūsų diskusija iki šios vietos, šitai mums nėra tiesa. Mes svarstome

argumentus, kurie mėgina konvencionalizmą pateisinti politiniais pagrindais, argumentus, kurie, pavyzdžiui, galiotų, žmonėms sprendžiant, ar instituoti konvencionalizmą tuščioje vietoje. Tuomet sugestija, kad konvencionalizmas redukuoja netikėtumą, turi remtis ne prielaida, kad netikėtumas yra neteisinga, o kad jis nepageidautinas dėl kokios nors kitos priežasties: pavyzdžiui, kad jis trukdo efektyvumui arba kelia nereikalingų pavojų, arba gąsdina žmones, arba kaip kitaip neatitinka bendro intereso.

Tačiau konvencionalizmas negali būti pateisinamas tuo vieninteliu pagrindu, kad netikėtumas trukdo efektyvumui arba yra nepageidaujamas šiomis prasmėmis, nes konvencionalizmas neapsaugo nuo netikėtumo taip gerai, kaip apsaugotų paprastesnė ir tiesesnė bylų sprendimo teorija. Mes jau pažymėjome prasmę, kuria konvencionalizmas yra dvišalis: jis tvirtina, kad jeigu kokio nors atvejo sprendimo, palankaus vienai arba antrai alternatyvai, neįmanoma rasti remiantis teisinės konvencijos eksplicitiška apimtimi, teisėjas privalo kurti įmanomai geriausią naują teisę. Jokia konvencija nenustato nei kad ponia McLoughlin teisę turi į emocinės traumos kompensaciją, nei kad ponas O'Brienas turi teisę nebūti verčiamas ją mokėti. Taigi nė vienas iš jų neturi teisės į sprendimą savo naudai, ir teisėjas bylą turi spręsti laikydamasis tos normos, kuri, jo manymu, bus, atsižvelgiant į viską, geriausia ateičiai. Tačiau jeigu jis priima sprendimą ponios McLoughlin naudai, jis bus įsikišęs į pono O'Briano gyvenimą, nors šis ir nebuvo perspėtas, kad šitaip atsitiks.

Politinis argumentas už konvencionalizmą, kurį išdėsčiau prieš akimirką, suponuoja, kad šitokia situacija yra neišvengiama, kad jokia bylų sprendimo teorija negali užkirsti jai kelio. Jis gina konvencionalizmą kaip kiek įmanoma saugantį žmones nuo netikėtumo. Tačiau jeigu turėtume omenyje išskirtinai šį tikslą, mes pasirinktume kitokią bylų sprendimo teoriją, kurią galėtume pavadinti „vienašaliu konvencionalizmu" ar tiesiog „unilateralizmu". Schemiškai kalbant, unilateralizmas numato, kad ieškovas turi laimėti, jeigu jis ar ji turi teisę laimėti, nustatytą eksplicitiškoje kokios nors teisinės konvencijos apimtyje, bet kad priešingu atveju turi laimėti atsakovas.[8] Jis tvir-

tina, kad teisme turi būti išsaugotas *status quo,* jeigu kokia nors norma teisinės konvencijos ekplicitiškoje apimtyje nereikalauja priešingai. Taigi unilateralizmas sako, kad ponas O'Brienas neturėtų būti verčiamas kompensuoti nuostolių už emocinę žalą, kurią jis padarė poniai McLoughlin, nors teisėjas mano, kad ateičiai geresnė būtų priešinga norma.[9]

Vienu savo padaliniu, baudžiamąja teise, anglų amerikiečių praktika yra labai artima unilateralizmui.[10] Mes manome, kad niekas neturėtų būti laikomas kaltu dėl nusikaltimo, jeigu įstatymas ar kitas teisės aktas, identifikuojantis tą nusikaltimą, nėra toks aiškus, kad tas asmuo būtų privalėjęs žinoti, jog jo aktas nusikalstamas, arba būtų galėjęs žinoti, jeigu būtų padėjęs kokių nors rimtų pastangų išsiaiškinti, ar jis toks yra. Jungtinėse Valstijose šis principas turi konstitucinio principo statusą, ir Aukščiausiasis teismas daugeliu progų yra panaikinęs baudžiamuosius kaltinimus dėl to, kad tariamas nusikaltimas buvo pernelyg miglotai apibrėžtas, kad teiktų būtiną perspėjimą.[11] Tačiau mūsų teisinė praktika nėra unilateralistinė – šia prasme – visos plačią sritį apimančios privačiuosius santykius reguliuojančios teisės, kurią daugiausia aptarinėjome šioje knygoje, mastu – teisėjai labai dažnai priima sprendimą ieškovo naudai, kaip kad jie padarė *McLoughlin* byloje, kai, pagal konvencionalizmą, ieškovas neturėjo jokios juridinės teisės laimėti.

Mūsų praktika būtų visai kitokia, jeigu daugiausia būtų unilateralistinė. Būtų keliama daug mažiau bylų, nes ieškovas tik tuomet teiktų ieškinį, jei turėtų aiškią teisę laimėti, o prospektyvinis atsakovas tuomet niekada neapsigintų, o visuomet mokėtų kompensaciją. Žmonės visgi galėtų teikti ieškinius, kai faktai būtų ginčo objektas, nes kiekviena iš šalių galėtų viltis įtikinti teisėją ar prisiekusiuosius, kad jos požiūris į faktus esąs istoriškai teisingas.[12] Tačiau jokia byla nebūtų keliama viliantis įtikinti teisėją „išplėsti" nekontroversišką normą kontroversišku būdu, ir (tai netgi dar svarbiau) niekas niekuomet nekeistų savo elgesio, remdamasis numatymu, kad teismas galėtų išplėsti normą, jeigu dėl kokios nors priežasties jo reikalai būtų pateikti jam svarstyti. Taigi unilateralizmas nė iš tolo

negali pretenduoti būti tinkama mūsų teisinio elgesio ir praktikos interpretacija.

Griežtasis konvencionalizmas atrodo labiau tinkamas negu unilateralizmas būtent dėl to, kad jis yra dvišalis. Jis nenustato, kad atsakovas turi teisę laimėti bylą visada, kai – ir vien dėl to, kad – ieškovas neturi tokios teisės: jis tvirtina, kad nė viena iš pusių gali neturėti teisės laimėti. Tačiau būtent šis faktas reikalauja iš konvencionalisto rasti sudėtingesnį politinį pateisinimą nei ką tik mano aprašytąjį. Jis turi argumentuoti ne tik kad neprognozuojamumas yra neefektyvu ir nepageidautina, bet kad tam tikromis aplinkybėmis neprognozuojamumas vis vien turi būti pripažįstamas dėl kokio nors kito, tuo metu svarbesnio, principo ar politinės nuostatos. Jis privalo parodyti, kad konvencionalizmo bilateralinė struktūra efektyviai skiria skirtingas aplinkybes: tas, kuriomis netikėtumo turėtų būti išvengta, ir tas, kuriomis jis dėl tų konkuruojančių priežasčių turi būti toleruojamas.

Konvencija ir koordinacija

Kai kurie teisės filosofai teikia argumentą, siekiantį būtent to. Jie mėgina paaiškinti, kodėl netikėtumas yra daugiausia nepageidautinas, taip pat – kada jis vis dėlto turėtų būti pripažįstamas. Aš pristatysiu šį argumentą ta jo forma, kuri, mano manymu, yra pati įtikinamiausia.[13] „Konvencionalizmo tikslas yra ne tiesiog apsaugoti besibylinėjančiuosius nuo netikėtumo, o sudėtingesnis, šį apimantis, – gauti socialinės naudos iš koordinuotos privačios ir komercinės veiklos. Žmonėms reikia normų, kad galėtų kartu efektyviai gyventi ir dirbti, ir jie turi būti saugūs, kai kliaujasi tomis normomis. Tačiau pasitikėjimo jomis skatinimas ir atlyginimas ne visada yra lemiamos svarbos; kartais geriau tam tikrą dalyką palikti nesureguliuotą konvencijos, kad būtų įmanomas nepriklausomos sprendimo galios žaismas, tiek teisėjų sprendimo galios, tiek viešuomenės, numatančios, ką teisėjai galėtų daryti. Šį pasitikėjimo ir lankstumo balansą daro įmanomą dvišalė konvencionalizmo struktūra. Konvencija nustato tam tikras procedūras, tad kai laikantis šių procedūrų priimamos

aiškios normos, žmonės savo ruožtu gali tikėtis valstybės įsikišimo; jie taip pat gali tikėtis, kad valstybė nesikiš kitų piliečių reikalavimu, o tik kai to reikalauja tos normos, ir gali atitinkamai planuoti ir koordinuoti savo reikalus. Tačiau kai šios procedūros yra palikusios properšų, žmonės žino, kad nėra jokios teisės, kuri leistų tikėtis ko kita nei to, kad jų veiklai išprovokavus bylinėjimąsi, teisėjai jų likimą spręs konstruodami tai, kas, bent jau teisėjų nuomone, yra geriausia norma ateičiai."

Šis konvencionalizmo dorybių paaiškinimas puikiai dera su skirtumu, kurį aš aprašiau anksčiau: tarp sutarimo pagal konvenciją ir sutarimo remiantis įsitikinimu, taip pat su neseniai paskelbtais filosofiniais aiškinimais, kas yra konvencija.[14] Konvencija egzistuoja, kai tam tikrų normų ar principų žmonės laikosi dėl priežasčių, kurios esmingai apima jų lūkestį, kad tų pačių normų ar principų laikysis kiti, ir dėl šios priežasties jie laikysis normų, kai mano, jog atsižvelgus į viską turėti kokią nors nustatytą normą yra svarbiau, nei turėti tam tikrą konkrečią normą. Konvencija, jog telefono ryšiui nutrūkus, perskambins skambinęs asmuo, o kita šalis lauks, tiksliai laikosi šio modelio. Jo taip pat laikosi konvencijos, grindžiančios kelių eismo taisykles. Mūsų motyvas važiuoti dešiniąja puse Amerikoje, o kairiąja – Britanijoje yra tiesiog mūsų lūkestis taip darysiant kitus, drauge su mūsų kitu tikėjimu, jog yra svarbiau, kad egzistuotų bendra norma, nei tai, kad būtų viena, o ne kita norma. Kelių eismo taisyklių atveju mes neturime jokio pagrindo manyti kurią nors iš normų esant geresnę. Tačiau net jeigu mes turėtume kokią nors tokią priežastį – net jei manytume, kad dešiniarankiams žmonėms, kurie sudaro daugumą, yra šiek tiek natūraliau važiuoti dešiniąja puse, – mūsų motyvai norėti, jog visi važiuotų ta pačia puse kaip kiti, vis tiek būtų gerokai stipresni.

Priešingoje situacijoje, kai nesama jokios konvencijos, o tik įsitikinimų sutapimas, kiekvienas laikosi tos pačios normos, tačiau daugiausia todėl, kad jis nepriklausomai mano ją esant geriausią normą vadovautis. Mes visi manome, jog neteisinga suteikti skausmo kitam be priežasties, tačiau šiam principui mes paklūstame ne todėl, kad taip daro kiti. Gali būti, kad jeigu kiti nesilaikytų tos normos, kurią

mes manome esant geriausią, tai mums būtų motyvas ir patiems jos nesilaikyti. Galbūt jeigu niekas daugiau nemanytų esant neteisinga žudyti ar vogti, mes elgtumėmės neprotingai, jei laikytumėmės savo dabartinių skrupulų. Tačiau tai būtų atvejis, kai mes turėtume konkuruojančią ar nusveriančią priežastį, kuri konfliktuotų su mūsų pagrindine pozityvia priežastimi nežudyti ar nevogti. Esamomis aplinkybėmis, kai daugumos žmonių įsitikinimai dėl žudymo yra tokie patys kaip mūsų, tas faktas nėra mūsų svarbiausias motyvas veikti taip, kaip manome privalą veikti.

Mūsų naujas argumentas politinių konvencionalizmo dorybių naudai šias perskyras naudoja parodyti, kodėl linija, kurią ši teorija brėžia tarp atvejų, sprendžiamų teisės, ir atvejų, reikalaujančių teisėjo legislatyvinės iniciatyvos, nustato teisingą balansą tarp prognozuojamumo ir lankstumo. „Labai dažnai yra taip, kad sutarimas dėl privatinės teisės normų yra svarbesnis nei tai, kokios yra tos normos, bent jau plačiai apibrėžiant. Pageidautina turėti konvencines procedūras, tokias kaip teisėkūros ir precedento, kad žmonės galėtų kliautis tais sprendimais, kurie yra iš tikrųjų priimti taikant šias procedūras. Pavyzdžiui, galėtų būti labai svarbu, kad būtų nustatyta – ir nustatyta aiškiai – ar – ir kada – neatidūs vairuotojai yra atsakingi už emocinę žalą kitiems žmonėms šalia tiesioginių jų padarytos avarijos aukų. Tuomet draudėjai gali protingai nustatyti draudžiamąsias sumas, o žmonės gali priimti išmintingus sprendimus dėl to, kokios rūšies draudimu ir kokiai sumai draustis ir kokią riziką sau leisti. Šitai nereiškia, kad socialinės gerovės požiūriu nėra jokio skirtumo, dėl kokių normų mes susitariame. Atsakomybės paskyrimo normos nėra tokios pat kaip kelių eismo taisyklės. Gali būti daugiau ar mažiau efektyvu arba daugiau ar mažiau teisinga atsakomybę paskirti vienai arba kitai pusei, ir būtent todėl svarbu, kad legislatūra arba teismai, kad ir kas iš jų pirmas turi progą nustatyti normą, priimtų teisingą substantyvų sprendimą. Tačiau kai normų kompleksas yra šiuo būdu įtvirtintas, visai gali būti, kad mes manysime esant svarbiau, jog šios normos viešumoje būtų laikomos nustatytomis – idant žmonės galėtų atitinkamai planuoti – negu kad jos būtų geriausios normos, kokias

įmanoma rasti; šitai teikia priežastį, dėl kurios teismai turi palikti normą nepaliestą, net kai jie mano, kad pirmiausia sprendimas buvo neteisingas."

Dabar tarkime, kad unilateralistas turėtų prieštarauti, sakydamas, jog kadangi koordinacija šioje srityje yra tokia svarbi, konvencijai turi būti pripažįstama visa valdžia visoje srityje tuo būdu, kurį jis rekomenduoja. Turėtume laikyti nustatyta, kad vairuotojai yra tik tada atsakingi už žalą, kai to aiškiai reikalauja aiškūs įstatymai, kuriais vadovaudamiesi vairuotojai ir potencialios aukos gali atitinkamai apsidrausti bei visaip kitaip planuoti savo reikalus. Konvencionalistas dabar turi įtikinamą gynybinę argumentaciją savo bilateralizmui apginti nuo šio prieštaravimo. „Kadangi tam tikru mastu svarbu (ir gal ta svarba nemenka), kuri norma yra pasirinkta, geriausiai darysime, jei konvenciją naudosime apsaugoti tik tiems sprendimams, kuriuos kokia nors atsakinga politinė institucija iš tikrųjų yra priėmusi atsižvelgdama į individualaus atvejo svarstymą, ir po tuo skėčiu neįtrauksime sprendimų, priimtų „neakivaizdžiai", t. y. sprendimų, kurių iš tikrųjų niekas nėra priėmęs. Jeigu yra priimtas vienoks arba kitoks sprendimas dėl atsakomybės už emocinę žalą, ir negalima kontroversija, koks yra tas sprendimas, tuomet kiekvienas turėtų turėti teisę, kad tas sprendimas būtų įgyvendinamas, jeigu jis nėra tuo pačiu būdu viešai panaikintas. Tačiau jeigu nėra priimta jokio sprendimo nei už, nei prieš, tuomet teismas turėtų būti laisvas spręsti individuliai, priimdamas geriausią sprendimą ateičiai, tačiau, žinoma, paisydamas strateginio tęstinumo."

Konvencionalizmas ir pragmatizmas

Konvencionalizmo gynyba, kurią dabar sukonstravome, turi dvi dalis: pirma – kad išmintingas bylų sprendimas siekia geros pusiausvyros tarp prognozuojamumo ir lankstumo, ir, antra, kad teisingas balansas yra užtikrinamas teisėjų, visuomet gerbiančių politinių institucijų praeities aiškius sprendimus, bet sprendimų neįgyvendinančių neakivaizdžiai, kaip daro unilateralizmas. Antroji dalis atrodo pažei-

džiamesnė už pirmąją. Kodėl teisingą pusiausvyrą užtikrina tokia gana kieta, o ne rafinuotesnė politinė linija, kuri galėtų būti jautri konkuruojančioms prognozuojamumo ir lankstumo dorybėms kiekvienos konkrečios bylos atveju? Antroji bendra teisės samprata, kurią pristačiau ankstesniame skyriuje, teisinis pragmatizmas, laikosi pažiūros, kad žmonės niekuomet neturi teisės į ką nors daugiau nei teisėjo sprendimą, kuris yra, atsižvelgiant į viską, geriausias bendruomenei kaip visumai, nepaisant jokio praeities politinio sprendimo. Kitaip tariant, jie neturi jokios teisės į tai, kad kolektyvinė valstybės galia būtų panaudojama jų naudai arba nebūtų naudojama prieš juos tiesiog dėl to, ką legislatūra ar kitas teismas yra nusprendę praeityje. Netrukus pamatysime, kad pragmatizmas yra ne toks radikalus, kaip atrodo iš šio aprašymo, nes jis pripažįsta strategijos priežastis, dėl kurių įstatymai turėtų apskritai būti įgyvendinami vadovaujantis jų aiškia ir intenciška reikšme ir dėl kurių praeities teisminiai sprendimai normaliomis aplinkybėmis turi būti gerbiami dabartinėse bylose. Antraip valdžia praras savo galią kontroliuoti žmonių elgesį, o dėl to bendruomenei kaip visumai būtų akivaizdžiai blogiau. Tačiau tai tik strategijos motyvai, ir pragmatistas mano, jog teisėjai visuomet turi būti pasirengę panaikinti tokias priežastis, teigdamas, kad normų, nustatytų praeityje, keitimas apskritai atitiktų bendrąjį interesą, nepaisant tam tikros ribotos žalos politinių institucijų autoritetui.

Visuomenė, atvirai įsipareigojusi teisiniam pragmatizmui, skirtųsi nuo savimoningai konvencionalistinės visuomenės. Tarkime, jog ponia McLoughlin būtų buvusi įvykio vietoje; pagal konvencionalizmą ji būtų turėjusi juridinę teisę į kompensaciją praeities sprendimų dėka. Pragmatistas teisėjas tokiu atveju galbūt galėtų nuspręsti panaikinti šiuos praeities sprendimus. Jis turi būti jautrus strategijos sumetimams, kurie apims rūpinimąsi koordinacijos dorybėmis. Taigi net jeigu jis manytų, kad ekonominiu požiūriu geriausias sprendimas būtų neskirti jokios kompensacijos už ekonominę žalą, jis vis tiek klaustų, ar teisės vaidmuo skatinant pasitikėjimą ir koordinaciją labai nukentėtų, jeigu jis ignoruotų precedentus ir, jeigu nukentėtų, ar šį nuostolį atlygintų nauda, kurios jis tikisi iš savo inicijuojamos

permainos. Tačiau jis galėtų padaryti išvadą, kad žala teisės vaidmeniui bus maža, ekonominė nauda – didelė, ir dėl to nuspręsti neskirti jokios kompensacijos.

Taigi praktinis skirtumas tarp šių dviejų teisėjavimo teorijų yra štai koks: konvencionalistinio režimo sąlygomis teisėjai nemanytų esą laisvi keisti normas, priimtas laikantis viešpataujančių teisinių konvencijų, vien dėl to, kad pusiausvyros požiūriu pasvėrus kitokia norma būtų teisingesnė ar efektyvi. Pragmatistinio režimo sąlygomis jokios tokios rūšies konvencijos nebūtų pripažįstamos, ir nors teisėjai normaliomis aplinkybėmis taikytų sprendimus, praeityje priimtus kitų politinių institucijų, jie nepripažintų jokios generalinės pareigos tai daryti. Konvencionalistinėje visuomenėje planuojantysis savo reikalus galėtų pasikliauti praeities sprendimais, remiamais konvencijos. Tuo tarpu pragmatistinėje visuomenėje jis turėtų prognozuoti, ar tikėtina, kad teisėjai traktuos jo atvejį kaip atvejį, kur prognozuojamumo dorybės nėra tokios svarbios, kad joms būtų aukojama teisės substancija, jeigu jie manytų, kad substancija yra svarbiau, ar sprendimą jo naudai jie manytų esant geresnį ar blogesnį bendruomenei. Pragmatizmas kiek pasunkina prognozavimą, ką teismai darys tose bylose, kurios, konvencionalizmo akimis žiūrint, yra paprastieji atvejai. Tačiau pragmatizmas turi tam tikrų pranašumų. Jis palieka teisėjams laisvę keisti normas, kai jie mano, kad bent minimalus jų pakeitimas atsvers nenaudą, kurią lems tas pakeitimas. Taip pat jis skatina bendruomenę tikėtis tokių permainų ir taip laimi nemažą dalį naudos iš tos permainos, išvengdamas bylinėjimosi išlaidavimo ar brangaus, negarantuoto ir varginančio legislatyvinio proceso.

Kuris iš šių skirtingų režimų – konvencionalizmas ar pragmatizmas – atrodo pajėgesnis sukurti geresnę pusiausvyrą tarp prognozuojamumo ir lankstumo, taigi ir pačią efektyviausią struktūrą koordinuoti piliečių veiksmams ilgalaikėje perspektyvoje? Mes neturime jokio pagrindo manyti, kad vienas arba kitas būtų geriausias visoms bendruomenėms visais laikais. Pernelyg daug priklausys nuo ekonominės plėtros detalių, komercijos, technologijos, ideologijos modelių, socialinio konflikto rūšių ir lygių ir visų kitų dalykų. Žinoma, šie

visuomenės bruožai patys priklausys nuo joje vyraujančio bylų sprendimo stiliaus. Tačiau dėl to tik dar labiau neprotinga tarti, kad koks nors *a priori* argumentas galėtų parodyti, jog viena strategija visada bus teisinga. Būtent šis faktas mums yra argumentas, kad jeigu turėtume pasirinkti vieną iš dviejų strategijų neapibrėžtai ateičiai, padarytume geriau pasirinkdami pragmatizmą, nes jis yra kur kas lankstesnis. Jeigu ekonominė ir socialinė mūsų bendruomenės struktūra susiklosto taip, kad retrospektyviai žvelgiant atrodo, jog konvencionalistinė strategija būtų buvusi tinkamesnė, tuomet pragmatizmas jau bus labai priartinęs viešpataujantį teisėjavimo modelį prie konvencionalizmo. Mat ir teisėjai, ir paprasti žmonės bus pradėję suprasti, kad sritis, kurioje turėtų viešpatauti prognozuojamumas, yra labai plati, ir piliečiai kurs savo planus tardami, kad teisėjai laikosi tos pažiūros, taigi kad jie dažnai nekeis nustatytos teisinės praktikos. Tačiau priešingas teiginys nebūtų tiesa. Konvencionalistinė sistema stokoja pajėgumo pasiekti ką nors panašaus į pragmatizmo lankstumą, nes bet koks sušvelninimas neišvengiamai būtų susijęs su viešai skatinamų lūkesčių žlugdymu.

Mano intencija nėra paremti pragmatizmą. Jo dorybės ir ydos yra kito skyriaus tema. Aš tenoriu pateikti štai kokį atsakymą į argumentą apeliuojant į koordinaciją kaip į argumentą už konvencionalizmą. Jeigu mes jaučiame pagundą pasirinkti konvencionalizmą tuo pagrindu, kad jis teikia priimtiną strategiją pasiekti efektyviausią pusiausvyrą tarp užtikrintumo ir lankstumo, tai mes vietoj jo turėtume pasirinkti pragmatizmą, kuris atrodo daug geresnė strategija. Galime reziumuoti. Ankstesnėje šio skyriaus dalyje įrodinėjau, kad konvencionalizmas prastai dera su mūsų teisinėmis praktikomis. Aš klausiau, ar ta samprata pateisintų šias praktikas, pateikdama patrauklų teisės tikslo vaizdą, jeigu ji jį gerai atitiktų. Dabar mes jau matome, kad nepateisintų, kad mes neturime jokio pagrindo stengtis jį pritempti prie jos. Konvencionalizmas kaip mūsų teisės interpretacija patiria nesėkmę: jis susikerta abiejose interpretacijos plotmėse.

5. Pragmatizmas ir personifikacija

SKEPTINĖ SAMPRATA

Daugelį skaitytojų turėjo šokiruoti – taigi kai kuriems suteikti pasitenkinimą – mano pirmasis teisinio pragmatizmo aprašymas 3-iame skyriuje. Dabar privalau vietoj jo pateikti sudėtingesnį, tačiau, tikiuosi, vis tiek dėmesį prikaustantį paaiškinimą, kuris turi iškelti pagrindinį skirtumą tarp pragmatizmo ir teisės kaip integralios visumos sampratos. Prielaidos, kurią, mūsų nuomone, įkūnija teisės sąvoka, atžvilgiu pragmatistas laikosi skeptiškos nuostatos: jis neigia, kad praeities politiniai sprendimai patys savaime teikia kokį nors valstybės prievartinės galios naudojimo arba susilaikymo nuo jos naudojimo pateisinimą. Reikalingą valstybinės prievartos pateisinimą jis randa teisingume ar efektyvume, ar kokioje kitoje vienalaikėje paties prievartinio sprendimo dorybėje, kai jis yra priimamas teisėjų, ir priduria, kad dermė bet kurio praeities legislatyvinio ar teisminio sprendimo atžvilgiu iš principo neprisideda prie bet kurio aktualaus sprendimo teisingumo ar dorybės. Jeigu teisėjai vadovaujasi šiuo patarimu, mano jis, tai, jeigu jie nedaro didelių klaidų, – valstybinė prievarta, kurią jie reguliuoja, padarys bendruomenės ateitį šviesesnę, išvaduotą iš praeities negyvos rankos ir savitikslio nuoseklumo fetišo.

Žinoma, teisėjai nesutars dėl to, kokia ir kokiomis aplinkybėmis paskelbta norma būtų iš tikrųjų geriausia ateičiai, nepaisant praeities. Kai kuriais atvejais jie nesutars todėl, kad nesutaria dėl tikėtinų konkrečios normos pasekmių, o kitais – dėl to, kad skirtingai įsivaizduoja gerą bendruomenę. Kai kurie manys, kad gera bendruomenė niekuomet nenustato priverstinių normų jokiu kitu tikslu, išskyrus tikslą įgyvendinti moralines pareigas, taigi kad ponas O'Brianas tu-

rėtų būti verčiamas kompensuoti poniai McLoughlin, jeigu – bet tik jeigu – jis turi moralinę pareigą tai daryti. Kiti manys, kad bendruomenės vertė vargu ar priklauso nuo dar ko nors, išskyrus ekonominę sėkmę, tad ponas O'Brianas turėtų būti verčiamas kompensuoti, jeigu kompensacijos reikalavimo praktika šiomis aplinkybėmis padidintų bendruomenės kaip visumos materialinę gerovę. Pragmatizmas kaip teisės samprata nenustato, kuri iš šių įvairių geros bendruomenės vizijų yra pagrįsta sveika nuovoka ar patraukli. Jis skatina teisėjus spręsti ir veikti pagal savo pažiūras. Jis suponuoja, kad ši praktika bendruomenei tarnaus geriau – ją artins prie to, kas iš tiesų yra dora, teisinga ir laiminga visuomenė, – nei bet kokia alternatyvi programa, kuri reikalauja dermės sprendimų, jau priimtų kitų teisėjų ar legislatūros, atžvilgiu.

Anot mūsų abstraktaus, „konceptualaus" teisinės praktikos aiškinimo, asmuo turi juridinę teisę, jeigu jis turi iš praeities politinių sprendimų kylančią teisę laimėti bylą. Konvencionalizmas teikia pozityvią, neskeptinę teoriją apie tai, kokias juridines teises žmonės turi: kaip juridines teises jie turi tas teises, kurias teisinės konvencijos išgauna iš praeities politinių sprendimų. Teisės kaip integralios visumos samprata taip pat yra neskeptinė juridinių teisių teorija: anot jos, žmonės kaip juridines teises turi tas teises, kurios yra remiamos principų, teikiančių geriausią teisinės praktikos kaip visumos pateisinimą. Pragmatizmas, priešingai, neigia, kad žmonės kada nors turi juridines teises; jis laikosi radikalios pažiūros, kad jie niekuomet neturi teisės į tai, kas antraip pablogintų bendruomenės gyvenimą, tiesiog dėl to, kad kokia nors legislatūra pasakė arba ilga teisėjų virtinė nusprendė, jog kiti žmonės turėjo tokią teisę.

Juridinės teisės ir pareigos yra įprasta mūsų teisinės scenos dalis; todėl jus gali nustebinti teiginys, kad kas nors galėtų siūlyti pragmatizmą kaip tinkamą mūsų esamos praktikos interpetaciją. Tačiau pragmatistai turi paaiškinimą, kodėl teisiniame diskurse figūruoja teisių ir pareigų kalba. Jie argumentuoja – pragmatiniais pagrindais – kad teisėjai kartais turi veikti taip, *tarsi* žmonės turėtų juridines teises, nes toks veikimas geriau pasitarnaus visuomenei ilgalaikėje perspek-

tyvoje. Argumentas už šią *tarsi-egzistavimo* strategiją yra pakankamai tiesus: civilizacija yra neįmanoma, jeigu kokio nors aiškiai apibrėžto asmens ar grupės sprendimai nėra visų pripažįstami kaip nustatantys viešuosius standartus, kurie, jeigu reikia, bus diegiami pasitelkiant policinę galią. Tik teisėkūra gali nustatyti mokesčių tarifus, struktūruoti rinkas, fiksuoti kelių eismo taisykles ir sistemas, nustatyti leistinas palūkanų normas arba nuspręsti, kurie Džordžijos skverai turi būti saugomi nuo modernizacijos. Jeigu būtų manoma, kad teisėjai laisvai atsirenka iš teisės aktų, įgyvendindami tik tuos įstatymus, kuriems jie pritaria, šitai sugriautų pragmatistinį siekį, nes tai ne pagerintų, o smarkiai pablogintų dalykų padėtį. Taigi pragmatizmas, nepaisant visko, gali būti tinkama mūsų teisinės praktikos interpretacija, jeigu paaiškėja, kad mūsų teisėjai skelbia žmones turint juridines teises tik – ar dažniausiai – tais atvejais, kai sąmoningai pragmatistiškas teisėjas vaizduotų, kad jie jas turi. Pragmatizmas praktiškai gali būti ne toks radikalus, koks jis atrodo esąs teoriškai.

Jis buvo vaizduojamas esąs labai radikalus 1-ame skyriuje mano minėtų teisininkų akademikų, pasivadinusių teisiniais „realistais". Kai kuriems iš jų didį pasitenkinimą teikia provokaciniai jų pozicijos nusakymai: nesama tokio dalyko kaip teisė, – sakė jie, – arba – teisė tėra prognozavimas, ką darys teismai, arba tik klausimas, ką teisėjas suvalgė pusryčių. Šiems dramatiškiems teiginiams jie kartais suteikia semantinių teorijų formą: kai kurie iš jų sakė, kad teisės propozicijos yra numatymo, ką teisėjai darys, sinonimas arba tėra emocijos išraiškos, taigi iš tikrųjų apskritai ne propozicijos. Dabar realizmas jau nebemadingas, pirmiausia dėl tų kvailų semantinių teiginių. Akivaizdu, kad teisės propozicijos nėra užmaskuotos prognozės ar geismo išraiška. Antai jurisprudencijos profesoriai savo studentus moko, kad teisinis realizmas buvo nereikalingas faktų apie teisinę praktiką išpūtimas, faktų, kuriuos galima geriau aprašyti ne taip karštakošiškai. Tačiau pragmatizmas yra interpretacinė teisės samprata, o ne semantinė teorija. Jis yra, kaip aš dabar pamėginsiu parodyti, stipresnė ir įtikinamesnė teisės samprata nei konvencionalizmas ir smarkesnis iššūkis teisės kaip integralios visumos sampratai.

AR PRAGMATIZMAS ATITINKA MŪSŲ PRAKTIKĄ?

Tarsi-egzistuojančios teisės

Pragmatizmo išmėginimą turėtume pradėti toliau gilindamiesi į prieš akimirką iškeltą klausimą. Ar teisėjai ir teisininkai juridines teises pripažįsta daugiausia tomis aplinkybėmis, kurios galėtų būti paaiškintos pragmatistiniais pagrindais? Turime paklausti, kokia būtų savimoningo ir rafinuoto pragmatisto teisėjo strategija vaizduojant, kad žmonės turi juridines teises. Jis mėgintų rasti gerą pusiausvyrą tarp prognozuojamumo, būtino apsaugoti vertingoms – teisėkūros ir precedento – institucijoms, ir lankstumo, būtino jam pačiam ir kitiems teisėjams, kad savo veiksmais teisme patobulintų teisę. Bet kokia bendra to siekianti strategija bus bandomoji; teisėjas pragmatistas bus pasirengęs peržiūrėti savo praktiką – padidinti ar suvaržyti apimtį to, ką jis laiko juridinėmis teisėmis, su patirtimi tobulėjant sudėtingiems apskaičiavimas, nuo kurių priklausytų bet kokia tokia strategija.

Į savo tarsi-egzistuojančių juridinių teisių sąrašą jis nedvejodamas – dėl išnagrinėtų priežasčių – įtrauktų teises, kurias pretenduoja sukurti aiški teisėkūra. Tačiau jis nebūtinai nuspręstų respektuoti visas teises, numatytas visuose įstatymuose. Visai gali būti, kad jis atmestų senus įstatymus, tokius kaip tie, kurie draudžia kontracepciją, kad ir kokie aiškūs ar preciziški šie būtų, jeigu jie tėra politinių nuostatų, kurių seniai atsisakyta, reliktai, jeigu jie nereprezentuoja jokio amžininkų politinio sprendimo ir todėl nevaidina jokio naudingo vaidmens koordinuojant socialinį elgesį dabar.[1] Apskritai jis pripažintų tarsi-egzistuojančiomis teisėmis tas teises, kurias praeities sprendimuose paskelbė kiti teisėjai, bet ir vėl: į savo sąvadą jis neįtrauktų visų tokių sprendimų. Jis manytų, kad teisėjai turėtų išlaikyti galią panaikinti praeities teisėjų sprendimus, jeigu šie buvo itin nevykę, net jei jie būtų pakankamai aiškūs, kad teiktų tvirtą orientaciją besibylinėjantiesiems. Taigi sveika nuovoka pagrįsta „tarsi-egzistavimo" strategija produkuotų nuosaikesnę pagarbos įstatymams ir precedentams doktriną.

Tačiau rafinuotas pragmatistas vis tiek galėtų jausti pagundą

nuslėpti tuos niuansus dėl priežasčių, kurias jis manytų esant visiškai gerbtinas. Jis galėtų manyti, kad geriausia yra kartais savo veiksmą pateikti kaip seno ir atgyvento įstatymo arba žalingo ir kvailo precedento įgyvendinimą, kai iš tikrųjų jis jį ignoruoja. Tokiu atveju savo sprendimą jis galėtų teikti kaip netikėtą įstatymo ar precedento „interpretaciją", kai iš tikrųjų nieko panašaus į tai nedaro. Klausimas, ar – ir kokiu mastu – maskuoti savo tikrąjį sprendimą šiuo būdu, radikaliam pragmatistui būtų tiesiog eilinis strateginis klausimas. Ar bendruomenė taip bijo, kad jos teisėjai nesielgtų kaip pragmatistai, kad šis „kilnus melas" padės jam geriau pasitarnauti jos tikriems interesams ilagalaikėje perspektyvoje? O gal žmonės atskleis melą ir tada nebebus tokie nusiteikę pripažinti jo nutarimus ir jais vadovautis negu tuo atveju, jei jis būtų buvęs atviresnis nuo pat pradžių? O gal visuomenė – jeigu ji buvo suklaidinta – būtų blogesnė tiesiog dėl šios priežasties, nes į tikrus žmonių interesus neįeina noras, kad jiems būtų meluojama, net jei jie niekuomet neatskleidžia to melo? Šis sprendimas nebūtinai yra žūtbūtinės reikšmės sprendimas: pragmatistas savo sampratą galėtų padaryti tiek atvirai pragmatišką, kiek tik drįsta, užmaskuodamas tik tuos elementus – galbūt savo senaties doktriną, – kuriuos pripažinti bendruomenė yra ne visai pasirengusi.

Atvejo studija: prospektyvinis normų kūrimas

Taigi visai įmanoma, kad savimoningas pragmatistas bylas spręs mums pažįstamais būdais ir net žodžiais. Jis turės kitų sumetimų, visiškai nesusijusių su jokia kilnaus melo strategija, už derėjimą su tam tikromis pažįstamomis praktikomis, kurias iš pirmo žvilgsnio jam gali magėti atmesti. Kūrybingas teisėjas pragmatistas galėtų, pavyzdžiui, jausti pagundą atskirti klausimą, kokią normą jis turėtų nustatyti ateičiai, nuo klausimo, kaip jis turi išspręsti jam tekusią bylą. Tarkime, jog jis pažymi, kad Elmeris, tikėtina, naudos palikimą tokiais būdais, kurie bendruomenei duos daugiau naudos nei bet kuris būdas, kuriuo jį – tikėtina – panaudos Gonerilė ir Regan. Kol kali, jis jį investuos, o kai

bus paleistas, naudos socialiai naudingais būdais, tuo tarpu jos jį išleis joms svarbiems prabangos dalykams. Kodėl nepamėginus pasiekti į perspektyvą orientuoto efekto – prevenciškai atgrasinti ateities žudikus, paskelbiant, kad ateityje žudikams turi būti neleidžiama paveldėti, tačiau pakelti socialinę gerovę, pačiam Elmeriui leidžiant laimėti bylą. Ši subtili strategija priklausys nuo to, ar kiti teisėjai vykdys naująją normą, kai prieš juos stos žudikai, pretenduojantys į palikimus, o ne nuo paties sprendimo, ar žudikas išleistų pinigus naudingiau nei kiti, galintys turėti teisę paveldėti tą patį palikimą. Tačiau mūsų teisėjas galėtų būti pajėgus tai garantuoti, aiškiai pasakydamas, kad jo intencija yra ta, kad nauja norma reguliuotų visus ateities atvejus ir kad išimtis Elmeriui tapo įmanoma tik dėl to, kad joks teisėjas nėra išleidęs panašios normos iki Elmeriui įvykdant savo nusikaltimą.

Tačiau jeigu pragmatistas teisėjas nuodugniai apmąsto šį dalyką, jis galiausiai atmes šį normos „vien-ateičiai" kūrimo metodą, išskyrus labai ypatingas aplinkybes. Mat jis supras, kad jeigu šis metodas taptų populiarus, žmonės, kurie galėtų gauti naudos iš naujų, į ateitį orientuotų normų, prarastų paskatas reikšti naujoviškus ieškinius, kuriuose šios naujos normos galėtų būti skelbiamos ateičiai. Žmonės leidžiasi į tokį bylinėjimąsi (kas yra ir rizikinga, ir brangu) tik dėl to, kad yra įsitikinę, jog jeigu jiems pavyks įtikinti kokį nors teisėją, kad viešuomenės interesą atitiktų nauja norma, ta nauja norma bus retrospektyviai pritaikyta jų pačių naudai. Jeigu iš jų tokia perspektyva atimama, jie nesibylinės, ir bendruomenė praras naudą, kurią teiktų naujos normos.

Tačiau jeigu teisėjai pragmatistai beveik visada savo naujas normas taiko retrospektyviai ir skatina kitus teisėjus daryti tą patį, šitai pasieks kitą, labai didelę naudą jų bendruomenei. Mes pažymėjome šią naudą aiškindamiesi, kodėl konvencionalizmas, koordinuodamas socialinį elgesį, daro blogiau negu pragmatizmas. Jeigu žmonės žino, kad nauja norma bus taikoma retrospektyviai, jie elgsis taikydamiesi prie tų normų, kurias, jų įsivaizdavimu, teismai manytų atitinkant bendrąjį interesą, ir šitai teiks didžiąją dalį tokių normų prana-

šumo, jų net ir neišleidus ar nesvarsčius teismuose. Tarkime, jog niekuomet nebuvo nuspręsta, ar žmonės, priimantys čekį, kurį jie pagrįstai mano esant suklastotą, vis vien gali su juo imti pinigus. Legislatūra niekada nėra turėjusi progos kalbėti šiuo klausimu, ir šis klausimas niekada nėra pasiekęs teismo. Tačiau kiekvienam, turinčiam reikalų su čekiais, yra pakankamai aišku, kad viešuomenės interesas yra neleisti imti pinigus tokiomis aplinkybėmis. Jeigu tas, kuriam teikiamas akivaizdžiai suklastotas čekis, mano, kad jeigu šis klausimas taps bylinėjimosi objektu, teismas išleis normą, neleidžiančią kompensacijos ateityje, ir pritaikys tą normą prieš jį, jis pirmiausia neims čekio, ir visuomenė turės geresnės normos naudą, iš tikrųjų nemokėdama bylinėjimosi kainos arba nepatirdama blogos komercinės praktikos nenaudą iki prasidedant bylinėjimuisi.

Sena kliūtis

Ūmai paaiškėja, kad pragmatizmas, toli gražu neatitikdamas mūsų teisinių praktikų, – dar labiau nei konvencionalizmas – su jomis dera geriau. Konvencionalizmą testavome dviejų perspektyvų į mūsų praktiką požiūriu: skerspjūviu, teikdami aiškinimą, ką konkretūs teisėjai daro su konkrečiomis bylomis, ir per laiką, kaip istoriją apie tai, kaip rutuliojasi ir keičiasi teisinė kultūra kaip visuma. Pastarosios perspektyvos požiūriu konvencionalizmas susikirto. Jo teisės kaip konvencijų dalyko pavaizdavimas – kaip žaidimo su plyšiais tarp normų – teikia labiausiai iškreiptą paaiškinimą to, kaip nustatytosios praktikos tampa kvestionavimo objektu ir imamos keisti. Pragmatizmas pasakoja viltingesnę istoriją. Jis nurodo, kad bendru interesu besivadovaujančios strategijos, kurios atrodo akivaizdžios vienai kartai, taps kvestionavimo objektu kitai, ir šitaip bus pakeistos natūraliai, iš teisminio proceso vidaus, o ne iš išorės. Konvencionalizmas susikirto ir pirmosios perspektyvos požiūriu. Jis negalėjo paaiškinti teisėjavimo sunkiosiose bylose, tokiose kaip mūsų parinktosios, iškiliausio bruožo: nuolatinio ir nepaliaujamo teisėjų rūpinimosi „tikrosios“ įstatymo ar precedento nutarties galios paaiškinimu, kai ta ga-

lia yra problemiška. Ar pragmatizmo tarsi-egzistavimo strategija teikia geresnį paaiškinimą? Ar ir jis atsitrenkia į šią kliūtį?

Pragmatistas teisėjas neturi tiesioginės priežasties nerimauti, kaip nerimavo Elmerio bylos teisėjai, dėl intencijų teisės kūrėjų, kurie pirmi priėmė Niujorko įstatymą, reguliuojantį paveldėjimą. Jis mano, kad vienintelis tvirtas pagrindas įgyvendinti įstatymus, kurių išmintimi jis abejoja, yra būtinybė apsaugoti legislatūros pajėgumą koordinuoti socialinį elgesį. Todėl jis nemato jokios prasmės mėginti įgyvendinti įstatymo instrukcijas, kurios yra tokios neaiškios, kad bet koks kliovimasis jomis būtų spekuliatyvus, toks miglotas, kad jos šiaip ar taip negalėtų talkinti koordinacijai. Konkrečiai, jis nemato jokios prasmės mėginti nustatyti jau seniai negyvų teisės kūrėjų intencijas, intencijas, kurios bet kuriuo atveju būtinai bus neaiškios, kontroversiškos ir nesuprantamos plačiosioms masėms. Jis mano, kad aiškiai geriau yra tvirtinti, kad kai įstatymas yra itin neaiškus, jis apskritai negali būti tarsi-egzistuojančių teisių šaltiniu, kad teisinga norma yra ta norma, kuri geriausia ateičiai. Taigi pragmatistas teisėjas elgsis kaip Earlas Elmerio byloje tik tuo atveju, jeigu jis turi netiesioginį – kilnaus melo – motyvą vaizduoti, kad legislatyvinės intencijos yra relevantiškos. Galimybė, kad jis matys kokį nors tokios rūšies motyvą, yra labiausiai neįtikėtina. Mat vargu ar amžininkės legislatūros pajėgumas įgyvendinti savo valią nukenčia, jei teisėjai vengia spekuliuoti apie tai, kaip skaityti miglotas normas, paveldėtas iš mirusios praeities, arba kokios būtų buvusios intencijos žmonių, labai skirtingų nuo šiandienos teisės kūrėjų, jeigu jie būtų apmąstę problemą, apie kurią jie tąsyk nežinojo.

Pragmatistas teisėjas savo darbinėje tarsi-egzistuojančių juridinių teisių teorijoje ras vietos kokiai nors precedento doktrinai. Žmonės savo reikalus gali planuoti su didesniu tikrumu, jeigu jie geriau informuoti apie tai, kada ir kaip valstybė įsikiš, taigi bus geriau ir bendruomenei, jeigu ji turi pagrindą žiūrėti į praeities teisminius sprendimus, kai prognozuoja ateities sprendimus. Tačiau ir vėl: šis pagarbos precedentui pateisinimas negalioja, kai praeities sprendimo galiojimo mastas yra neaiškus ir kontroversiškas. Taigi pragmatistas neturi

jokio tiesioginio motyvo stengtis išskaityti, kas buvo tą sprendimą priėmusių teisėjų galvose, ar kokio kito prognozavimo proceso būdu iš visų jėgų stengtis nustatyti „tikrąjį" to sprendimo pagrindą. Taip pat jis nejaučia pareigos vėlesnius atvejus spręsti „pagal analogiją" su ankstesniais, bent jau kai esama erdvės nesutarti dėl to, ar vėlesnis atvejis iš tikrųjų yra panašus ar nepanašus į juos.

Įsivaizduokime pragmatistą teisėją, sprendžiantį *McLoughlin* bylą. Jis atideda į šalį klausimą, ar esama svarbaus skirtumo principo atžvilgiu tarp atvejo motinos, kuri patiria emocinę traumą matydama savo vaiką partrenkiamą mašinos, ir atvejo motinos, kuri patiria tokią pačią traumą, išvydusi krauju paplūdusį savo vaiką ligoninėje. Jis reikalauja, kad šie du atvejai būtų atskirti. Pirmuoju atveju yra tiesioginis precedentas, ir jis žino, kad blaivi strategija galėtų iš jo reikalauti juo vadovautis. Jokio tiesioginio precedento nėra antruoju atveju, tad jis mano esąs laisvas spręsti savo nuožiūra, nulinėje pozicijoje, esama ar nesama kokio nors skirtumo tarp tų dviejų atvejų principo požiūriu. Tų dviejų atvejų susiejimas neskatina planavimo, nes sąsaja kiekvienu atveju yra kontroversiška, o jų atskyrimas ugdo lankstumą. Ir vėl: pragmatizmas gali būti ginamas kaip gerai deras su tuo, ką teisėjai iš tikrųjų daro ir sako sunkiosiose bylose, tik tuo atveju, jeigu mes tariame, kad šiose situacijose pragmatistas turės kilnaus melo motyvų konstruoti ir gerbti geriausią paaiškinimą principo, grindžiančio praeities atvejus. Ir vėl: ši prielaida yra labai neįtikinama. Viešuomenė nesipiktins, jeigu jai bus pasakyta, kad precedentai yra vien tik faktų dalykas. Bendra precedentų galia orientuoti elgesį nelabai nukentėtų, jeigu teisėjai atsisakytų jais vadovautis, kai precedentų teikiamas patarimas yra raizgus ar neskaidrus.

Taigi pragmatizmas gali būti išgelbėtas kaip geras mūsų skerspjūvio atverto teisėjavimo vaizdo paaiškinimas tik su prokrustiškos mašinerijos pagalba, kuri atrodo klaikiai netinkama. Jis gali būti išgelbėtas tik jeigu teisėjų nuomonių apskritai nelaikome grynu pinigu; visus teisėjus, kuriems kelia rūpestį problemiški įstatymai ir precedentai, turime traktuoti kaip praktikuojančius kokią nors nemotyvuotą apgaulės formą. Juos reikia suvokti kaip išradinėjančius nau-

jas normas ateičiai pagal savo įsitikinimus dėl to, kas yra geriausia visuomenei kaip visumai, laisvai nuo bet kokių tariamų teisių, kylančių iš nuoseklumo, tačiau šias normas nežinia kodėl pristatančius netikra uniforma normų, išgautų iš praeities. Kad išliktų tinkama mūsiškės praktikos interpretacija, pragmatizmas reikalauja epiciklų, ir šie epiciklai gali būti toleruojami tik tuo atveju, jei pragmatizmas antrosios teisinės interpretacijos dimensijos požiūriu yra toks stiprus, toks patrauklus kaip politinis valstybinės prievartos pateisinimas, kad gali būti herojišku gyvenimo siekiu. Ar iš tiesų?

TEISĖ BE TEISIŲ

Pragmatizmas yra skeptinė teisės samprata, nes jis atmeta tikras, nestrategines juridines teises. Jis neatmeta moralės ar netgi moralinių ar politinių teisių. Jis sako, kad teisėjai turi laikytis to bylų sprendimo metodo, kuris produkuos tai, ką jie mano esant geriausia bendruomenės ateičiai, ir nors kai kurie pragmatiški teisėjai manys, kad šitai reiškia turtingesnę ar laimingesnę, ar stipresnę bendruomenę, kiti rinksis bendruomenę, kurioje mažiau neteisingumo atvejų, geresnė kultūrinė tradicija, o vadinamoji gyvenimo kokybė – aukštesnė. Pragmatizmas neatmeta galimybės kokios nors teorijos apie tai, kas bendruomenę daro geresnę. Tačiau juridinių teisių jis netraktuoja rimtai. Jis atmeta tai, ką pripažįsta kitos teisės sampratos: kad žmonės gali turėti atskiras juridines teises kaip kozirius prieš tai, kas šiaip būtų, deramai suprantant, geriausia ateitis. Anot pragmatizmo, tai, ką mes vadiname juridinėmis teisėmis, tėra tik geriausios ateities tarnaitės: jos yra instrumentai, kuriuos susikonstruojame tam tikslui, ir neturi jokios nepriklausomos galios ar pagrindo.

Tačiau šio svarbaus momento, nusakančio pragmatizmą, įmanoma nepastebėti, ir turime būti atidūs, kad neįkliūtume į šiuos spąstus. Teisininkai, kurie mano, jog teisėjai turi laikytis pragmatinės nuostatos juridinių teisių atžvilgiu, kartais sako, kad iš tikrųjų ne kas kitas, o bendruomenė yra nusprendusi, bent jau tylomis, kad jie turėtų taip daryti. Kitaip sakant, bendruomenė yra nusprendusi deleguoti

teisėjams galią spręsti bylas tuo būdu, kuris, jų manymu, geriausiai atitinka bendruomenės kaip visumos interesus, ir turint tikslą kurti darbines juridinių teisių tarsi-egzistavimo teorijas, įskaitant teisėkūros ir precedento teorijas. Tai drąsus bandymas suvienyti pragmatizmą ir konvencionalizmą. Čia pragmatizmas laikomas esąs labai plačios, visa apimančios konvencijos, kad teisėjai bylas turėtų spręsti pragmatistiniu būdu, turinys. Kadangi konvencionalizmas geriausiu atveju yra ne stipresnė teisės koncepcija nei pragmatizmas, ši santuoka vargu ar sutvirtintų argumentus pastarojo naudai. Tačiau ši santuoka, šiaip ar taip, yra fiktyvi.

Netiesa, kad, pavyzdžiui, amerikiečiai arba britai tylomis sutinka šiuo būdu deleguoti legislatyvinę galią teisėjams. Pragmatistas gali pasakyti: teisėjai visada sprendžia vadovaudamiesi pragmatizmu, ir žmonės neprotestuoja arba nereikalauja atstatydinimo. Šitai suponuoja du klausimus. Pirma, čia tariama, kad pragmatizmas teikia geriausią paaiškinimą to, kaip teisėjai iš tikrųjų sprendžia bylas. Mes jau matėme, kad jis palieka nepaaiškintą vieną iškilų teisminės praktikos bruožą – poziciją, kurios teisėjai laikosi įsatymų ir precedentų atžvilgiu sunkiosiose bylose, – tepateikdamas nerangią hipotezę, kad ši praktika yra sumanyta visuomenei apgauti, o tokiu atveju visuomenė nėra jai pritarusi. Antra, tai presuponuoja, kad bendruomenė tiki pragmatistiniu paaiškinimu, kaip teisėjai sprendžia bylas, ir jam pritaria, ir ši prielaida atrodo paprasčiausiai klaidinga. Akivaizdu, jog nesama jokios konvencijos, pagal kurią teisėjai gali taisinėti savo pažiūras į juridines teises grynai strateginiais sumetimais. Priešingai: kaip pažymėjome šios knygos pradžioje, dauguma žmonių mano, jog teisėjai, kurie veikia tokiu būdu, yra uzurpuotojai.

Taigi, jeigu norime paremti pragmatizmą antrosios, politinės dimensijos atžvilgiu, turime pripažinti, o tuomet panaudoti jos centrinį bruožą – skepticizmą dėl juridinių teisių. Pragmatistas mano, jog kai aplinkybės tokios, kad nėra jokio reikalo gerbti ar užtikrinti principo nuoseklumą to, ką yra padarę ar padarys kiti pareigūnai, atžvilgiu, teisėjai visuomet turi daryti ką įmanydami ateities labui. Ši idėja paaiškina entuziastingą ankstyvojo „realistinio“ sąjūdžio retoriką, ku-

rią minėjau anksčiau: kodėl jie sakė, kad nėra tokio dalyko kaip teisė, jog teisė tėra tik prognozavimo, ką darys teisėjai, dalykas. Šias tariamai kraštutines propozicijas kur kas geriau suprasti kaip provokacinius politinės pozicijos pareiškimus nei kaip semantinius teiginius. Šitai sakau visai ne triumfuodamas. Tai, kad tikras pragmatistas atmeta juridinių teisių idėją, nėra lemiamas argumentas prieš šią sampratą. Mat nėra savaime akivaizdu, kad juridinių teisių idėja yra patraukli. Arba net – kad ji pagrįsta sveiku protu.

Priešingai, gana paprasta tą idėją reprezentuoti taip, kad ji atrodytų kvailai. Pragmatistas praeičiai skirs tiek dėmesio, kiek jo reikalauja gera strategija. Šia dvasia jis pripažįsta tarsi-egzistuojančias juridines teises, ir strategijos sumetimais priims daugiausia tuos pačius sprendimus, kokius priimtų konvencionalistas, kai įstatymai yra aiškūs arba kai precedentai leidžia spręsti nesvyruojant. Tai, ką konvencionalistas akceptuoja kaip teisę, jis atmes tik ypatingais atvejais, pavyzdžiui, kai įstatymas yra senas ir nebetinkamas arba kai tam tikra precedentų linija visuotinai suvokiama kaip neteisinga arba neturinti galios, ir tuomet sunku suprasti, kas vertinga prarandama. Tiesa, jis atmeta pačią principo nuoseklumo idėją kaip svarbią savaime. Jis neigia, kad sprendimas *McLoughlin* byloje turėtų priklausyti nuo to, ar galima rasti kokį nors principinį skirtingumą principo atžvilgiu tarp emocinės žalos, patirtos nelaimės vietoje, atvejo ir tokios pat žalos, patirtos vėliau. Tačiau kodėl jis turėtų nuo to priklausyti? Jis žino, kad motinoms, kurios patiria tokią žalą nelaimės vietoje, ir toliau bus skiriamos kompensacijos, kol – ir jeigu – legislatūra nenuspręs priešingai. Tačiau jeigu jis mano, kad šitai yra apgailestavimo vertas dalykas, jeigu jis mano, kad sprendimai, kurie nustatė tą „teisę", buvo neteisingi arba negaliojantys, arba ir tokie, ir tokie, jis nemato jokios priežasties, kodėl turėtų taikyti principą, grindžiantį šiuos sprendimus, kaip nors plačiau, nei iki šiol darė kiti teisėjai.

Jis pripažįsta, kad jeigu jis priima sprendimą, nepalankų poniai McLoughlin, emocinės žalos įstatymas tuomet bus nekoherentiškas principo požiūriu. Tačiau jis to nelaiko nenauda; jis neigia, kad šitai savaime yra neteisinga. Jeigu jis mano, kad kompensacija už emoci-

nę žalą yra neteisingas dalykas, jis bus padaręs ateitį ne tokią neteisingą vieninteliu būdu, kuris jam atrodo tinkamas: mažiau žmonių patirs prievolės kompensuoti tokios rūšies žalą neteisybę, o tai yra geriau nei tuomet, kai tą neteisybę kenčia daugiau žmonių. Žinoma, jis mano, kad teisingumo požiūriu būtų dar geriau, jei niekas nebūtų verčiamas kompensuoti už emocinę žalą. Tačiau jis gali neturėti galios panaikinti precedentus; bet kuriuo atveju strategijos sumetimai yra motyvas to nedaryti. Tad jis daro ką įmanydamas, kad apribotų žalą, padarytą praeityje – efektyvumo ar teisingumo atžvilgiu – priimdamas sprendimą prieš ponią McLoughlin; jeigu mes prieštaraujame, atrodome pasiduodą doktrininės elegancijos fetišizmui, vergaują savitiksliam rišlumui.[2]

Sakyti, kad skirtingi pragmatistai teisėjai priims skirtingus sprendimus dėl to, kaip geriausia apriboti praeities žalą sunkiosiose bylose, nėra geras prieštaravimas jo argumentui. Žinoma, jie priims skirtingus sprendimus, tačiau sunkiosiose bylose teisėjai turi daryti kontroversiškus politinės moralės sprendimus, kad ir kokios teisės koncepcijos jie laikosi. Viena arba kita šalis beveik visuomet galės skųstis, kad teisėjas padarė klaidą, kad „teisybė" buvo jo, o ne jo oponento pusėje. Pragmatizmas sako rizikuojąs suklysti mažų mažiausiai teisumo klausimu. Pragmatistas klausia: jeigu teisėjų nuomonių pasidalijimas ir kontroversiški sprendiniai yra bet kuriuo atveju neišvengiami, kodėl ginčo objektas turėtų būti ne tai, kas iš tiesų svarbu, – kuris sprendimas produkuos mažiausiai neefektyvią praktiką arba mažiausiai progų pasireikšti neteisingumui ateityje? Kaip šis tikslas pats savaime gali būti neteisingas? Kaip principo nuoseklumas gali būti svarbus savaime, ypač kai yra neaišku ir kontroversiška, ko iš tikrųjų reikalauja nuoseklumas? Tai klausimai, į kuriuos mes turime atsakyti, jeigu pragmatistinio iššūkio akivaizdoje norime paremti juridines teises; šie klausimai tikrai nėra lengvi, o šis iššūkis nėra nereikšmingas. Jeigu negalime jo atremti, – jeigu negalime paremti principo nuoseklumo svarbos kaltinimo fetišizmu akivaizdoje, – turime persvarstyti paplitusią panieką pragmatizmui kaip mūsų teisinės praktikos interpretacijai. Mat tuomet kvestionavimo

objektu taptų mūsų praktikos racionalumas, ir pragmatinė interpretacija, su savo visais epiciklais, galėtų būti mūsų vienintelis skydas prisidengti nuo baisaus kaltinimo.

INTEGRALUMO TEIGINIAI

Didieji politinės filosofijos klasikai yra utopistai. Socialinį teisingumą jie studijuoja žmonių, iš anksto neįsipareigojusių jokiai valdymo formai ar konstitucijai, požiūriu, žmonių, kurie yra laisvi kurti idealią valstybę nuo pirmųjų principų. Tad jie įsivaizduoja žmones, gyvenančius ikipolitinės „natūralios" būklės sąlygomis ir rašančius visuomenės sutartis tuščioje vietoje. Tačiau realūs žmonės įprastinėje politikoje veikia iš politinės struktūros vidaus, nors ir darydami jai poveikį. Politika mums yra evoliucinė, o ne aksiominė; darbuodamiesi tobulai teisingos valstybės linkme, pripažįstame, kad valstybė, kuriai priklausome dabar, yra kitokia.

Įprastinė politika su utopine politine teorija dalijasi tam tikrais politiniais idealais, teisingos politinės struktūros idealais, teisingo išteklių ir galimybių paskirstymo ir racionalių normų ir reguliacijų, kurios visa tai įtvirtina, proceso įgyvendinimo. Glaustumo dėlei šias dorybes vadinsiu teisingumo, teisiškumo ir deramo procedūrinio proceso dorybėmis. (Šie vardai yra kiek arbitralūs; politinėje filosofijoje dažnai naudojami skirtingi įvardijimai, ir kartais viena iš mano išskirtųjų vertybių yra traktuojama kaip kitos atvejis. Pavyzdžiui, deramas procedūrinis procesas dažnai vadinamas teisingumo arba teisiškumo forma. Deramą procesą aš įtraukiu kaip atskirą dorybę, nes nemanau, kad jis leidžiasi redukuojamas į bet kurią iš kitų, kaip aš jas aprašau, tačiau mano argumentai šiame ir kitame skyriuje kreips daug daugiau dėmesio į teisingumą ir teisiškumą, ir aš dažniausiai ignoruosiu deramą procedūrinį procesą.)[3] Teisingumas politikoje yra politinių procedūrų radimo reikalas – pareigūnų rinkimo metodų ir metodų, padarančių jų sprendimus jautrius elektoratui, – kurios teisingai paskirsto politinę galią. Dabar šitai yra visuotinai suprantama – bent jau Jungtinėse Valstijose ir Britanijoje – kaip procedūros ir prak-

tikos, kurios visiems piliečiams suteikia daugiau ar mažiau vienodą pajėgumą daryti įtaką sprendimams, kurie juos valdo. Teisingumui, priešingai, rūpi sprendimai, kuriuos esamos politinės institucijos – teisingai ar neteisingai pasirinktos – privalo priimti. Jeigu teisingumą pripažįstame kaip politinę dorybę – norime, kad mūsų teisės kūrėjai ir kiti pareigūnai materialius išteklius skirstytų ir pilietines laisves saugotų taip, kad būtų užtikrintas galimas morališkai apginti rezultatas. Deramas procedūrinis procesas yra teisingo sprendimo, ar koks nors pilietis pažeidė politinėmis procedūromis nustatytus įstatymus, procedūrų dalykas[4]; jeigu jį pripažįstame kaip dorybę, norime, kad teismai ir panašios institucijos naudotų įrodymo, faktų nustatymo ir peržiūros procedūras, kurios žada deramą tikslumo lygį bei prasižengimu kaltinamus žmones, kitais atžvilgiais traktuoja taip, kaip žmonės tokioje pozicijoje privalo būti traktuojami.

Šios greitos perskyros yra lemiamos reikšmės argumento prologas.[5] Įprastinė politika prie šių pažįstamų idealų priduria dar vieną, kuris neturi atskiros vietos utopinėje aksiominėje teorijoje. Jis kartais aprašomas sparnuota fraze, kad panašius atvejus privalome traktuoti vienodai. Iš valdžios jis reikalauja kalbėti vienu balsu, veikti principais pagrįstu ir nuosekliu būdu visų jos piliečių atžvilgiu, kiekvienam taikyti substantyvius teisingumo ar teisiškumo standartus, kuriuos ji naudoja kai kuriems. Jeigu valdžia, teisindama savo sprendimus apie tai, kas gali balsuoti, remiasi mažoritarinės demokratijos principais, ji privalo gerbti šiuos principus, sudarydama balsavimo apygardas.[6] Jeigu ji apeliuoja į principą, kad žmonės turi teisę gauti kompensaciją iš tų, kurie juos per neatidumą sužaloja, kaip į pagrindą, kodėl gamintojai yra atsakingi už automobilius su defektais, ji turi teikti visą galią tam principui spręsdama, ar buhalteriai taip pat atsakingi už savo klaidas.[7] Jeigu valdžia sako, kad baudžiamajai nutarčiai yra būtinas vienbalsis verdiktas, nes kai kas nors neteisingai pripažįstamas kaltu dėl nusikaltimo, patiriama ypatinga moralinė žala, tai ji turi turėti omenyje tą ypatingą moralinę žalą svarstydama, pavyzdžiui, prisipažinimo leistinumą įvairiomis aplinkybėmis.[8]

Sparnuota frazė, pasak kurios, panašius atvejus privalome trak-

tuoti vienodai, iš tikrųjų nėra vykęs to konkretaus politinės moralės reikalavimo aprašymas.[9] Aš jam suteikiu skambesnį vardą: tai politinio integralumo dorybė. Šį vardą renkuosi, kad parodyčiau jo sąsają su paralelišku asmeninio moralumo idealu. Mes norime, kad mūsų kaimynai savo kasdieniuose reikaluose su mumis elgtųsi tokiu būdu, kurį mes manome esant teisingą. Tačiau mes žinome, kad žmonės tam tikru mastu nesutaria dėl to, kokie elgesio principai yra teisingi, taigi šį reikalavimą skiriame nuo kito (silpnesnio) reikalavimo, kad svarbiuose dalykuose jie veiktų laikydamiesi integralumo, t. y. pagal įsitikinimus, kurie informuoja ir formuoja jų gyvenimą kaip visumą, o ne kaprizingai ar įnoringai. Šio pastarojo reikalavimo praktinė svarba tarp žmonių, kurie žino, kad jie nesutaria dėl teisingumo, yra akivaizdi. Integralumas tampa politiniu idealu, kai iš valstybės arba bendruomenės, kurias laikome moraliniais agentais, nuolat reikalaujame to paties, kai reikalaujame, kad valstybė veiktų remdamasi vieningu, koherentišku principų kompleksu, net kai jos piliečiai nesutaria, kokie iš tikrųjų yra teisingi teisiškumo ir teisingumo principai. Tiek individualiose, tiek politinėse bylose mes remiamės prielaida, kad galime kitų žmonių aktus pripažinti išreiškiančiais teisingumo ar teisiškumo, ar dorumo sampratą, net kai mes patys tai sampratai nepritariame. Šis gebėjimas yra svarbi mūsų bendresnio gebėjimo kitus traktuoti su pagarba dalis, ir dėl to jis yra civilizacijos sąlyga.

Šį svarstymą aš pradėjau nuo įprastinės politikos ir jos politines dorybes reprezentuojančių sričių, pragmatisto iššūkio juridinių teisių idėjai šešėlyje. Jeigu pripažįstame integralumą kaip savarankišką politinę dorybę šalia teisiškumo ir teisingumo, tai turime bendrą nestrateginį argumentą pripažinti tokias teises. Bendruomenės turimos teisingumo sampratos integralumas reikalauja, kad politiniams principams, būtiniems pateisinti presuponuojamą legislatūros autoritetą, būtų teikiama pilnutinė galia sprendžiant, ką reiškia įstatymas, kurį ji priėmė. Bendruomenės turimos teisiškumo sampratos integralumas reikalauja, kad moraliniai principai, būtini pateisinti jos legislatūros sprendimų substancijai, būtų pripažįstami visoje likusioje teisėje. Jos turimos deramo procedūrinio proceso sampratos

integralumas reikalauja, kad procesinės procedūros, kurias manoma išlaikant teisingą balansą tarp tikslumo ir efektyvumo įgyvendinant kurią nors teisės dalį, būtų pripažįstamos visoje teisėje, atsižvelgiant į moralinės žalos, kurią padaro netikslus verdiktas, skirtumus ir rūšį bei laipsnį. Šie keli teiginiai pateisina įsipareigojimą principo nuoseklumui, kaip vertybei savaime. Jie sugestijuoja tai, ką argumentuosiu: kad integralumas, o ne koks nors elegancijos prietaras teikia gyvybę teisei, kokią mes ją pažįstame.

Integralumo teiginius bus pravartu padalyti į du praktiškesnius principus. Pirmasis yra teisėkūros integralumo principas, iš tų, kurie kuria teisę leisdami įstatymus, reikalaujantis išlaikyti tą teisę koherentišką principo atžvilgiu. Antrasis yra teisėjavimo integralumo principas: iš tų, kurie turi atsakomybę spręsti, kokia yra teisė, jis reikalauja suprasti ir įgyvendinti ją koherentišką tuo būdu. Antrasis principas paaiškina, kaip ir kodėl praeičiai turi būti teikiama tam tikra speciali nepriklausoma galia teisme, priešingai pragmatistų teiginiui, kad tokios galios nedera teikti. Jis paaiškina, kodėl teisėjai privalo teisės korpusą, kurį jie administruoja, suvokti kaip visumą, o ne kaip seriją atskirų sprendimų, kuriuos jie yra laisvi priimti arba papildyti pavieniui, kitais domėdamiesi tik strategiškai.

PERSONIFIKUOTA BENDRUOMENĖ

Teisėjavimo integralumo principas teikia turinį mūsų trečiajai teisės sampratai. Mes studijuosime teisę kaip integralią visumą, ir šią sampratą rekomenduosiu artimiausiuose skyriuose. Tačiau daugeliui skaitytojų rūpestį kels vienas politinio integralumo aspektas, – jo galime imtis užbėgdami sau už akių. Politinis integralumas presuponuoja ypač gilią bendruomenės ar valstybės personifikaciją. Jis suponuoja, kad bendruomenė kaip visuma gali būti įsipareigojusi teisingumo arba teisiškumo, arba deramo procedūrinio proceso principams kokiu nors būdu, analogišku tam, kuriuo pavieniai žmonės gali būti įsipareigoję įsitikinimams ar idealams, ar projektams, ir šitai daugeliui žmonių atrodys kaip prasta metafizika.

Mes personifikuojame grupes kasdieniame bendravime. Pavyzdžiui, kai kada kalbame apie dirbančiųjų klasės interesus arba tikslus. Tačiau tokie pasakymai dažnai tėra tik patogios retorinės figūros, taupus būdas kalbėti apie vidutinį ar reprezentatyvų visuomenės narį. Mano politinio integralumo samprata personifikaciją traktuoja daug rimčiau, sakytum politinė bendruomenė iš tikrųjų būtų kažkokia ypatinga būtybė, skirtinga nuo realių žmonių, kurie yra jos piliečiai. Negana to, šiam atskiram esiniui ji priskiria moralinį veiksnumą ir moralinę atsakomybę. Mat kai aš kalbu apie tai, kad bendruomenė yra ištikima savo principams, turiu galvoje ne jos konvencinę ar liaudies moralę, daugumos piliečių nuomones ir įsitikinimus. Aš turiu galvoje tai, jog bendruomenė turi savus principus, kuriuos ji gali gerbti ar paminti, kad ji gali veikti pagal sąžinę arba nesąžiningai, integraliai arba veidmainingai, lygiai kaip žmonės. Ar mano intencija iš tikrųjų gali tokiu vaizdingu būdu personifikuoti bendruomenę? Ar aš iš tikrųjų noriu priskirti valstybei arba bendruomenei principus, kurie nėra paprasčiausiai daugumos jos narių principai?

Du argumentai apie grupinę atsakomybę

Taip. Tačiau privalau aiškiau nusakyti, kas tai per personifikacija. Neketinu dabar prikelti iš mirusiųjų metafizinę teoriją, apie kurią 2-ame skyriuje sakau, kad ji mums nereikalinga. Aš neteigiu, kad galutinis mentalinis visatos komponentas yra kažin koks baugus visa aprėpiantis protas, realesnis už materialius žmones, neteigiu ir kad valstybę ar bendruomenę turėtume traktuoti kaip realų asmenį su savarankišku interesu ar požiūriu ar netgi autonomiška gerove nei kad apie valstybės principus mes galime iškelti daug klausimų – pavyzdžiui, ar ji juos pripažino laisvai, ar buvo suklaidinta arba neteisingai juos supranta, – kuriuos mes galime klausti apie realaus asmens moralinį gyvenimą. Aš tik noriu pagrįsti kompleksišką, dviejų etapų kelią mąstyti apie pareigūnų ir piliečių atsakomybę – bendruomenės personifikacija yra natūrali šio mąstymo išraiška, kurios

negali atkurti suprastinantis vertimas į teiginius apie pavienius pareigūnus ir piliečius.

Tarkime, jog automobilių gamintojas pagamina defektyvias mašinas, kurios sukelia kraupias avarijas, kuriose žūva šimtai žmonių. Atidėkime į šalį teisės klausimą, ar korporacija kaltintina nusikaltimu arba ar jai tenka teisinė atsakomybė kompensuoti aukoms ar jų šeimoms. Atidėkime ir efektyvumo klausimą – klausimą, ar tokios atsakomybės paskyrimas sumažins avarijų skaičių arba prisidės prie efektyvesnio išteklių naudojimo. Dabar mus domina moralinės atsakomybės klausimas. Ar prasminga sakyti, kad korporaciją saisto moralinė pareiga kompensuoti aukoms iš korporacijos turto fondo, kas implikuotų, jog nuostolius privalo prisiimti jos akcininkai? Mūsų žingsnių seka galėtų būti tokia. Įvairiems pareigūnams, samdomiesiems darbuotojams, akcininkams ir kitiems, susijusiems su korporacija, pritaikome savo įprastinius asmens atsakomybės standartus. Kiekvieno asmens atveju klausiame, ar jis ką padarė, ko būtų turėjęs nedaryti, kad jį reikėtų kaltinti dėl paskesnių mirčių, arba ar jis neprisidėjo prie mirčių taip, kad nepriklausomai nuo to, ar jis yra kaltintinas, ar ne, jam turėtų tekti tam tikra porcija žalos ar nuostolio kompensacijos naštos?

Gal ir rastume, ką apkaltinti. Galbūt koks nors samdomasis darbuotojas buvo aplaidžiai neatidus, galbūt koks nors pareigūnas aprobavo konstrukciją, kurią privalėjo žinoti esant ydingą. Gali būti, jog vyriausias vykdomasis pareigūnas arba kuris nors direktorių valdybos narys turėjo pagrindą suabejoti esamomis konstrukcijos priežiūros procedūromis ir jų nepatobulino. Tačiau galėtume ir nerasti, ką apkaltinti. Galbūt niekas nepadarė veiksmų, kuriuos galėtume įvertinti kaip neteisingus pagal asmens elgesio standartus. Tuomet būtų mažai tikėtina, jog rastume kokį nors neabejotiną moralinį argumentą, kodėl smulkiam akcininkui turi asmeniškai tekti kokia nors nuostolių dalis. Akcininkas nėra priežastinės grandinės, vedančios į tas avarijas, dalis; tik įsigydamas korporacijos akcijų biržoje, jis jokiu kapitalu nepapildė korporacijos išteklių. Kas nors galėtų pasakyti: tai yra asmens moralės principas – kad jeigu kas nors dalijasi su kuo

kitu jo akcijos nauda, privalo dalytis ir atsakomybe dėl nedorybių, kurias padaro kitas asmuo. Tačiau ši sugestija kelia abejonių, mat mes vis dar neturime jokio pagrindo tarti, kad buvo padaryta kas nors bloga. Kitaip tariant, mūsų problema yra ne svetimos teisinės atsakomybės prisiėmimo problema, reikalas rasti kokį nors pagrindą, kodėl akcininkas turėtų dalytis su kokiu kitu asmeniu ar grupe jų tiesiogine atsakomybe; veikiau reikalas čia tas, kad mes negalime rasti jokio kito asmens ar grupės, kuris yra tiesiogiai atsakingas ir su kuriuo jis galėtų dalytis atsakomybe.[10]

Tačiau mes būtume galėję naudoti kitokį argumentavimo metodą. Šiuo kitu metodu iš pradžių savo klausimą formuluojame kaip klausimą dėl korporatyvinės atsakomybės. Mes tariame, kad pati korporacija turi būti traktuojama kaip moralinis agentas, o tada *jam* taikome savo individualios kaltės ir atsakomybės principų faksimiles. Galėtume sakyti, kad kiekvienam, kuris turėjo visą galią kontroliuoti defektyvaus produkto gamybą, tenka atsakomybė kompensuoti tiems, kurie dėl jo produkto buvo sužaloti. Joks individualus darbuotojas ar akcininkas neturi tokios kontrolės galios, tačiau korporacija turi. Tada keliame tolesnį ir papildomą klausimą – kaip turėtų būti suprantama įvairių korporacijos narių ir agentų dalis toje kaltėje ar atsakomybėje. Tačiau šiam atskiram klausimui atsakyti naudojame kitokį principų kompleksą, tarp kurių galėtų būti ką tik paminėtas principas, jog bet kuris korporacijos narys, turintis teisę į jos pelno dalį, turi prisiimti taip pat ir dalį jos atsakomybės. Tas principas pateisintų kompensacijos mokėjimą iš korporatyvinio turto fondo, taigi iš akcininkų pinigų, o ne, pavyzdžiui, atskaitant iš tų samdomųjų darbuotojų algų, kurie iš tiesų atliko priežastinį vaidmenį nelaime pasibaigusioje istorijoje.

Jeigu pirmuoju iš šių dviejų metodų, kuris prasideda moraliniu kiekvieno individo veiksmų istorijos įvertinimu imant pavieniui, mes nusprendžiame, kad kiekvienas akcininkas iš tiesų turi atsakomybę, reikalaujančią prisiimti dalį nuostolių, tai visai galimas dalykas, kad savo išvadą perteiksime personifikacijos kalba. Galėtume sakyti, kad korporacijai tenka teisinė atsakomybė, tik norėdami patogiu būdu re-

ziumuoti atsakomybę, kurią mes priskyrėme kiekvienam iš akcininkų. Tačiau tokia personifikacija būtų tuščia; ji nevaidintų jokio vaidmens mūsų argumente ir būtų tik mūsų išvadų papuošalas. Tačiau jeigu mes tą pačią išvadą prieitume antruoju metodu, kuris pradeda institucijos kaip visumos atsakomybės svarstymu, personifikacija būtų ne tuščia, o darbinė. Mat tuomet mūsų išvados apie grupę būtų visais atžvilgiais pirmesnės bet kokių išvadų apie individus atžvilgiu; mes būtume remęsi atsakomybės principais, kuriems prasmę teikia tokia praktika arba mąstymo būdas, kurie be personifikacijos negali išsiversti.

Iš tiesų antruoju (bet ne pirmuoju) metodu tam tikrą sprendimą dėl grupės ar institucijos atsakomybės mes galėtume prieiti tebedvejodami (ar nesutardami tarpusavyje) dėl iš to kylančios tam tikrų individų teisinės atsakomybės ar prievolių. Personifikacija yra ne tik būtinas žingsnis pakeliui į sprendimus apie konkrečius žmones, bet ir atrama, į kurią mes galime atsispirti svarstydami tuos sprendinius. Visa tai nereiškia, kad antrojo metodo atveju, kai pradedame nuo grupės, grupės atsakomybe domimės tik dėl jos pačios. Nebūtų jokios prasmės rutulioti ar taikyti grupinės atsakomybės principus, jeigu netartume, kad šie yra susiję su sprendiniais dėl to, kaip realūs žmonės privalo veikti dabar. Tačiau mes galime atskirti tuos du klausimus, klausimą dėl individualios atsakomybės rezervuodami kaip klausimą, kurio dera imtis tik po to, kai nusprendžiame, ar grupė kaip visuma yra patenkinusi jai prideramus standartus. Ši personifikacija yra gili: ją sudaro rimtas korporacijos kaip moralinio veikėjo traktavimas. Tačiau tai vis dėlto personifikacija, o ne objektyvus atskleidimas, nes mes pripažįstame, kad bendruomenė neturi nepriklausomos metafizinės egzistencijos, kad ji pati yra mąstymo ir kalbos praktikų, kuriose ji figūruoja, kūrinys.

Personifikacija praktikoje

Politinio integralumo idėja personifikuoja bendruomenę antruoju būdu, pasitelkdama darbinę personifikaciją, nes ji taria, kad bendruomenė gali priimti ir išreikšti savo pačios principus, atskirus nuo bet

kurių jos pareigūnų arba piliečių kaip individų principų, ir būti jiems ištikima arba neištikima. Žinoma, mes turime pasakyti, ką tai reiškia, aprašydami, kaip bendruomenė priima arba pamina principą, ir šitai bus dalis mūsų teisės kaip integruotos visumos sampratos konstravimo. Tačiau dera pasinaudoti šia proga pažymėti, kaip gilioji personifikacija figūruoja įprastiniuose mąstymo būduose, kurie yra visiškai nepriklausomi nuo teisės. Imkime bendruomeninės rinkėjų atsakomybės fenomeną. Pačiame Watergate'o skandalo įkarštyje pasirodė lipdukai, kurie skelbė: „Nekaltink manęs; aš iš Masačiusetso". Jie nesakė „Nekaltink manęs; aš balsavau prieš Nixoną", ir šis skirtumas yra svarbus. Žmonės prašė atleidimo dėl grupės, kuriai jie priklausė, – tautos – klaidos, apeliuodami ne į individualų nekaltumą, o į narystę kitoje ir artimesnėje bendruomenėje, kuri pasielgė gerai, į pilietybę valstijos, kuri nebalsavo už nedorą prezidentą.

Esama ir daugiau svarbių grupinės atsakomybės pavyzdžių. Vokiečiai, negyvenę tuomet, kai jų šalį valdė naciai, jaučia gėdą ir pareigos jausmą žydų atžvilgiu; baltieji amerikiečiai, kurie nieko nepaveldėjo iš vergvaldžių, jaučia neapibrėžtą atsakomybę juodaodžių, kurie niekuomet nebuvo kaustomi vergo grandinių, atžvilgiu. Kai kuriuos iš mūsų šis fenomenas trikdo, nes tai atrodo nesuderinama su mūsų branginama kita idėja, būtent ta, kad žmonės neturi būti kaltinami dėl aktų, kurių jie negalėjo kontroliuoti, taip pat – laikomi atsakingais dėl nesąžiningos naudos tuomet, kai jie patys negavo jokios naudos. Todėl filosofai dėjo daug pastangų, mėgindami sutaikyti šias konfliktuojančias idėjas, pavyzdžiui, atskleisti, kaip visi baltieji amerikiečiai turėjo naudos iš juodaodžių diskriminacijos praeityje. Tai bergždi aiškinimai, nes nesuvokiama svarstomosios atsakomybės metodo problema. Jie taria, kad kolektyvinė atsakomybė gali būti priskiriama tik kokiu nors metodu, panašiu į pirmąjį metodą, kurį pažymėjome avarijos pavyzdyje. Iš tiesų įsitikinimai, kuriuos šie argumentai mėgina paaiškinti, yra antrojo požiūrio produktas, politinės ir socialinės bendruomenės giliosios personifikacijos produktas, ir būtent dėl to jie nėra iššūkis kantiškajai tezei, kad nieko negalima kaltinti dėl to, ko jis pats nepadarė. Žinoma, būtų absurdiška kaltin-

ti šiandieninius vokiečius dėl to, ką padarė naciai; tačiau kadangi šis sprendimas padarytas kitokio ir nepriklausomo argumento metodu, nėra absurdiška manyti, jog šiandieniniai vokiečiai turi ypatingą atsakomybę dėl to, jog naciai taip pat buvo vokiečiai.

Tai – kolektyvinės atsakomybės už praeities nusikaltimus pavyzdžiai. Kitų, ir netgi dar svarbesnių, darbinės personifikacijos pavyzdžių aptinkame aiškindamiesi individualių politinių teisių valstybės atžvilgiu logiką. Mes ginčijamės, ar kiekvienas turi teisę į tai, kad valstybė jį gintų nuo kitų piliečių skriaudos arba užtikrintų jam deramą medicininės priežiūros lygį, arba garantuotų jo saugumą nuo užsienio galių atakos. Mes sutariame arba nesutariame, prieš susidarydami konkrečias nuomones apie tai, kokios institucijos ar pareigūnai privalo veikti ir ką jie turi daryti dėl to, kad žmonės turi tas teises, kurias mes juos skelbiame turint. Kai sakome, jog individai turi teisę būti saugomi nuo skriaudos, mes nenorime pasakyti, kad ši sauga turi būti pasiekiama kokia nors konkrečia schema, kurią mes jau turime galvoje. Norime pasakyti tik tai, kad bendruomenė kaip visuma turi pareigą kokiu nors būdu užtikrinti adekvačią saugą. Mes galime diskutuoti dėl bendruomenės pareigos masto ir palikti atskiram svarstymui kitą klausimą, kokia oficialių pareigų organizacija būtų geriausia bendruomeninės atsakomybė požiūriu.[11]

Kitas ir paskutinis mano pavyzdys remiasi pačiais abstrakčiausiais ir plačiai paplitusiais mūsų įsitikinimais apie politinį teisiškumą ir teisingumą. Mes manome, kad politiniai pareigūnai turi atsakomybę, kurios mes negalėtume apginti, jeigu turėtume ją konstruoti tiesiogiai iš įprastinių individualios asmeninės moralės reikalavimų, kuriuos dauguma iš mūsų pripažįstame kaip reikalavimus sau ir kitiems nepolitiniame gyvenime. Mes manome, kad jie turi ypatingą ir sudėtingą nešališkumo atsakomybę bendruomenės narių atžvilgiu ir šališkumo jų atžvilgiu atsakomybę, kai turima reikalo su svetimšaliais. Šitai yra visai kas kita nei atsakomybė, kurią kiekvienas iš mūsų pripažįstame kaip individas. Kiekvienas teigiame asmeninį požiūrį, savo ambicijas ir preferencijas, kurias esame laisvi puoselėti, laisvi nuo kitų pretenzijų į vienodą dėmesį, rūpestį ir išteklius. Mes gina-

me asmeninio moralinio suverenumo sritį, kurioje kiekvienas iš mūsų gali rinktis šeimyninius ir draugystės interesus ir atsidėti projektams, kurie yra savanaudiški, kad ir kokie didingi. Bet kokia asmeninio elgesio teisingumo samprata, bet kokia teorija apie tai, kaip teisingas asmuo elgiasi kitų atžvilgiu, apribos tą asmeninio suverenumo sritį, tačiau jokia samprata, priimtina daugumai iš mūsų, jos neeliminuos visiškai.

Pareigūnams, einantiems oficialias pareigas, mes visai nenumatome tokios srities. Jie privalo, sakome mes, visus savo bendruomenės narius traktuoti kaip lygius, o individo normalus savipreferencijos polinkis jų atveju vadinamas korupcija. Šios ypatingos pareigūnų atsakomybės mes negalime pagrįsti tiesiog taikydami savo įprastinius įsitikinimus apie individualią atsakomybę jų atvejo aplinkybėms. Kai kurie pareigūnai turi labai didelę galią. Tačiau ją turi ir daugelis privačių individų, ir mes nemanome, kad piliečio asmeninės laisvės sfera būtinai siaurėja, stiprėjant jo galiai ir įtakai. (Thomas Nagelis straipsnyje apie politinių pareigūnų atsakomybę primena, kad net gigantai turi asmeninį gyvenimą.)[12] Kuo griežčiausius nešališkumo standartus mes taikome net tiems pareigūnams, kurių galia yra reliatyviai nedidelė ir daug mažesnė negu daugelio privačių piliečių galia; mums neatrodo, kad pareigūnų vienodo rūpesčio pareiga mąžta proporcingai jų galiai.

Kas nors gali pasakyti, jog ypatinga nešališkumo atsakomybė pareigūną saisto dėl to, kad jis pripažino savo pareigas, kurias privalu šitaip suprasti, taigi galiausiai ši atsakomybė kyla iš įprastosios moralės, pažadų tesėjimo moralės. Tačiau tai apverčia argumento tvarką, kuriai pritartų dauguma iš mūsų: mus vienija bendras supratimas, kad mūsų pareigūnai privalo visus savo valdomos bendruomenės narius traktuoti kaip lygius, mat esame įsitikinę, kad jie turėtų elgtis taip, o ne priešingai. Todėl ypatingos atsakomybės, susijusios su politine tarnyba, negalėsime paaiškinti, jeigu mėginame ją kildinti tiesiai iš įprastinių privačios moralės principų. Mums reikalinga idėja, kurios ten negalima rasti: kad bendruomenė kaip visuma turi nešališkumo įsipareigojimų savo narių atžvilgiu ir kad pareigūnai

veikia kaip bendruomenės įgaliotiniai, prisiimdami šią atsakomybę. Čia, kaip ir korporacijos atveju, grupinę atsakomybę reikia traktuoti kaip logiškai pirmesnę už pavienių pareigūnų atsakomybę.

Šie įvairūs bendruomenės darbinės personifikacijos pavyzdžiai vienas kitą papildo kaip bendros mąstymo sistemos partneriai. Kai mes sutinkame, kad mūsų pareigūnai veikia bendruomenės vardu, kurios nariai mes visi esame, taigi veikia turėdami atsakomybę, kuri yra mūsų bendra atsakomybė, – taip patvirtiname ir palaikome kolektyvinį kaltės pobūdį, savo nuovoką, kad privalome jausti gėdą bei pyktį, kai jie veikia neteisėtai. Praktiniai integralumo principai, kuriuos aš citavau, – teisėkūros ir bylų sprendimo integralumo principai – funkcionuoja šioje idėjų sistemoje. Šis bylų sprendimo principas mus ypač domina dėl to, kad jis teikia teisės sampratą, antagonistišką pragmatizmui. Jeigu tą principą įmanoma paremti, pragmatizmo turi būti atsisakyta.

6. Integralumas

PLANAS

Mes turime du politinio integralumo principus: legislatyvinį principą, kuris reikalauja iš teisės kūrėjų stengtis, kad įsatymų kompleksas kaip visuma būtų moraliai koherentiškas, ir bylų sprendimo principą, kuris liepia teisę suprasti – kiek tai įmanoma – koherentišką tokiu būdu. Mums labiausiai rūpės teisėjavimo principas, bet dar ne dabar. Šiame skyriuje aš teigiu, jog legislatyvinis principas yra tokia svarbi mūsų politinės praktikos dalis, kad jokia kompetentinga tos praktikos interpretacija negali jo ignoruoti. Šį teiginį mes svarstome dviejų dimensijų – jau įprastų – požiūriu. Klausiame, ar prielaida, kad integralumas yra savarankiškas politikos idealas, atitinka mūsų politiką, o tada – ar jis gerbia mūsų politiką. Jeigu legislatyvinis integralumo principas yra įtaigus pagal abi šias dimensijas, tai jau bus pakankamai pasistūmėta argumentuojant bylų sprendimo principą ir teisės sampratą, kurią jis remia.

AR INTEGRALUMO SAMPRATA ATITINKA MŪSŲ PRAKTIKĄ?

Integralumas ir kompromisas

Integralumas kaip atskira politinė dorybė būtų nereikalingas utopinėje valstybėje. Koherencija būtų garantuota, nes pareigūnai visuomet darytų tai, kas tobulai teisėta ir teisinga. Tačiau įprastinėje politikoje integralumą turime traktuoti kaip nepriklausomą idealą, jeigu jį apskritai pripažįstame, nes jis gali konfliktuoti su tais kitais idealais. Jis gali pareikalauti iš mūsų paremti teisėkūros aktą, kuris, mū-

sų įsitikinimu, būtų nederamas tobulai teisiškoje ir teisingoje visuomenėje, ir pripažinti teises, kurių, mūsų įsitikinimu, žmonės ten neturėtų. Tokio konflikto pavyzdį liudijome ankstesniame skyriuje. Teisėjas, sprendžiantis *McLoughlin* bylą, galėtų manyti esant neteisinga reikalauti kompensacijos už visokią emocinę žalą. Tačiau jeigu jis pripažįsta integralumą ir žino, kad kai kurioms emocinį sužalojimą patyrusioms aukoms jau yra teikta teisė į kompensaciją, jis vis dėlto turės pagrindą, remiantį sprendimą ponios McLoughlin naudai.

Konfliktai tarp idealų yra įprasti politikoje. Net jei atmestume integralumą ir savo politinę veiklą grįstume tik teisingumu, teisiškumu ir deramu procedūriniu procesu, pirmąsias dvi dorybes pripažintume kartais stumiančiomis kiekviena priešinga kryptimi. Kai kurie filosofai neigia kokio nors fundamentalaus konflikto tarp teisiškumo ir teisingumo galimybę, mat yra įsitikinę, kad viena iš šių dorybių galiausiai kyla iš kitos. Kai kurie sako, kad teisiškumas neturi jokios prasmės, nepriklausomos nuo teisingumo, kad politikoje, kaip ir ruletėje, tai, kas įvyksta teisingų procedūrų keliu, yra teisiška. Tai yra kraštutinė idėjos, vadinamos teisiškumo kaip teisingumo idėja, forma.[1] Kiti mano, kad vienintelis politikos teisingumo testas yra rezultato testas, kad jokia procedūra nėra teisinga, jeigu nėra tikėtina, kad ji produkuos politinius sprendimus, tenkinančius kokį nors nepriklausomą teisiškumo testą. Tai yra priešingas ekstremumas, teisingumo kaip teisiškumo idėja.[2] Dauguma politinių filosofų – ir, manau, dauguma žmonių – laikosi vidurio pažiūros, anot kurios, teisingumas ir teisiškumas yra tam tikru laipsniu nepriklausomi vienas nuo kito, taigi – kad teisingos institucijos kartais produkuoja neteisiškus sprendimus, o neteisingos institucijos – teisiškus.

Jeigu taip yra, tai įprastinėje politikoje mes kartais turime rinktis iš dviejų dorybių spręsdami, kurias politines programas paremti. Mes galėtume manyti, kad daugumos norma yra teisingiausia iš įmanomų sprendimų procedūra politikoje, tačiau žinome, jog kartais, gal ir dažnai, dauguma priims neteisiškus sprendimus apie individų teises.[3] Ar turėtume kištis į daugumos normos funkcionavimą, suteikdami specialių balsavimo privilegijų vienai ekonominei grupei, ne-

paisant to, kokią proporciją pateisintų jos individų skaičius, dėl to, kad baiminamės, jog kieta daugumos norma jai paskirtų mažesnę dalį, negu jai teisėtai priklauso?[4] Ar turėtume pripažinti konstitucinius demokratinės galios suvaržymus, kurie neleidžia daugumai riboti žodžio laisvę ar kitas svarbias laisves?[5] Šie sunkūs klausimai kyla todėl, kad teisingumas ir teisiškumas kartais konfliktuoja. Jeigu manome, kad integralumas yra trečiasis ir nepriklausomas idealas, bent jau kai žmonės nesutaria dėl vieno iš pirmųjų dviejų, tai galime taip pat manyti, jog teisingumas ar teisiškumas kartais turi būti aukojamas integralumui.

Vidiniai kompromisai

Pamėginsiu parodyti, kad mūsų politinės praktikos pripažįsta integralumą kaip atskirą dorybę, ir pradedu tuo, kas, spėju, jums pasirodys mįslinga. Štai mano pamatinės prielaidos. Mes visi tikime politiniu teisingumu: sutinkame, kad kiekvienas asmuo ar grupė bendruomenėje turi turėti maždaug vienodas galimybes kontroliuoti sprendimus, daromus Parlamento ar Kongreso, ar valstybės legislatūros. Mes žinome, kad įvairūs žmonės laikosi skirtingų pažiūrų moraliniais klausimais, kuriuos jie visi laiko didžiai svarbiais. Atrodytų, kad iš mūsų įsitikinimų, kas yra teisingumas, kyla išvada, jog teisėkūra šiais moraliniais klausimais turėtų būti ne tiesiog aritmetinės daugumos valios įgyvendinimo reikalas, tarytum jos pažiūra būtų vieninga, o derybų ir kompromisų dalykas, kad galutinis rezultatas kiekvieną nuomonių grupę reprezentuotų tuo laipsniu, kuris atitinka jo skaitmeninę išraišką. Šį kompromisą mes galime pasiekti saliamonišku būdu. Šiaurės Dakotos žmonės nesutaria, ar teisingumas reikalauja kompensuoti už produkto defektus, kurių gamintojai nebūtų galėję racionaliu numatymu išvengti? Tad kodėl jų legislatūra negalėtų nustatyti tokią „griežtą" teisinę atsakomybę automobilių gamintojams, tačiau jos nenustatyti skalbimo mašinų gamintojams? Alabamos žmonės nesutaria dėl rasinės diskriminacijos moralumo? Kodėl jų legislatūra negalėtų uždrausti rasinę diskriminaciją autobu-

suose, bet ją leisti restoranuose? Britų nuomonės pasidalijusios aborto moralumo klausimu? Kodėl Parlamentas negalėtų aborto kriminalizuoti nėščių moterų, gimusių lyginiais metais, atveju, bet legalizuoti gimusių nelyginiais metais atveju? Šis saliamoniškas modelis bendruomenės viešąją tvarką traktuoja kaip savotišką gėrybę, kurią reikia paskirstyti laikantis skirstomojo teisingumo, kaip pyragą, kurį reikia teisingai padalyti, kiekvienai grupei paskiriant deramą riekę.

Daugumą iš mūsų, manau, šokiruos „šaškių lentos" įstatymai, kurie panašius nelaimingus įvykius ar rasinės diskriminacijos, ar aborto atvejus traktuoja skirtingai arbitraliais pagrindais.[6] Žinoma, tam tikruose reikaluose mes pripažįstame arbitralias perskyras: pavyzdžiui, zonų demarkavime. Mes sutinkame, kad parduotuvės ar fabrikai tam tikrose zonose būtų uždrausti ir nebūtų uždrausti kitose ir kad parkavimas būtų uždraustas skirtingose tos pačios gatvės pusėse skirtingomis dienomis. Tačiau mes atmetame dalijimąsi į opinijos puses, kai turima reikalo su principo dalykais. Mes laikomės kitokio modelio: kad kiekvienam požiūriui turi būti suteikiamas balsas sprendimo procese, bet kad kolektyviniu sprendimu vis tiek turi būti siekiama sutarti dėl kokio nors koherentiško principo, kurį tuomet galima taikyti natūralioms jo autoriteto riboms.[7] Jeigu kompromisas būtinas dėl to, kad žmonės yra pasidaliję dėl teisingumo, tai kompromisas turi būti išorinis, o ne vidinis; tai turi būti kompromisas dėl to, kurią teisingumo schemą priimti, o ne kompromisinė teisingumo schema.

Tačiau čia glūdi mįslė. Kodėl mes turėtume atgręžti nugarą „šaškių lentos" sprendimams, kaip darome? Kodėl negalėtume jų griebtis kaip bendros teisėkūros strategijos visuomet, kai bendruomenė pasidalija kuriuo nors principo klausimu? Kodėl ši strategija nėra teisinga ir racionali, rodanti politinę brandą ir subtilesnį politinio meno supratimą, nei sugebėjo pasiekti kitos bendruomenės? Koks yra tas ypatingas defektas, kurį mes įžvelgiame „šaškių lentos" sprendimuose? Tai negali būti teisingumo trūkumas (mūsų turima galvoje teisingo politinės galios paskirstymo prasme), nes „šaškių lentos" įstatymai pagal hipotezę yra teisingesni už bet kurią iš dviejų alter-

natyvų. Leisti kiekvienai iš dviejų grupių pasirinkti kurią nors aborto įstatymo dalį proporcingai jų skaičiams yra teisingiau (mūsų prasme) nei schema „nugalėtojas-gauna-viską", kurią renkasi mūsų instinktai ir kuri atima iš daugelio žmonių apskritai bet kokią galimybę paveikti dalyką, kurį jie laiko žūtbūtinai svarbiu.

Ar galime šiuos instinktus apginti teisingumo pagrindais? Teisingumas yra rezultatų dalykas: politinis sprendimas lemia neteisingumą – kad ir kokios teisingos būtų jį produkavusios procedūros, – jei jis atima iš žmonių kokį nors išteklių, kokią nors laisvę ar galimybę, kurių teisę jiems numato geriausios teisingumo teorijos. Ar „šaškių lentos" strategijai galime oponuoti tuo pagrindu, kad ji produkuotų daugiau neteisingumo atvejų negu jų užkardytų? Čia turime būti apdairūs, kad nesupainiotume dviejų klausimų. Žinoma, bet kuris pavienis svarbaus klausimo – „šaškių lentos" sprendimas produkuos daugiau neteisingumo atvejų nei viena iš alternatyvų ir mažiau negu kita. Bendruomenė gali susivienyti apie tą propoziciją, tuo pat metu nesutardama, kuri alternatyva būtų teisingesnė, o kuri ne tokia teisinga. Tas, kuris mano, kad abortas yra žmogžudystė, manys, jog „šaškių lentos" įstatymas, reguliuojantis abortą, produkuoja daugiau neteisingumo nei produkuotų tiesioginis draudimas, ir mažiau nei tiesioginis legalizavimas; tas, kuris mano moteris turint teisę į abortą, mano atvirkščiai nei šie sprendiniai. Taigi abu turi teisiškumo motyvą teikti pirmenybę kokiam nors kitam sprendimui, ne „šaškių lentos" sprendimui. Mūsų klausimas yra tas, ar mes kolektyviai turime teisiškumo motyvą nesutikti, iki šių konkrečių nesutarimų, su jų sprendimo „šaškių lentos" strategija. Kaip ką tik pažymėjome, turime teisingumo motyvą už tokią „šaškių lentos" strategiją ir, jeigu mes neturime jokio teisiškumo motyvo prieš ją, mūsų esama praktika reikalauja pateisinimo, kurio mes dar neužtikrinome.

Mes ieškome teisiškumo motyvo „šaškių lentos" strategijai iš anksto atmesti, kuris būtų bendras mums visiems, net jeigu kai kuriais atvejais kiekvienas teiktume pirmenybę „šaškių lentos" sprendimui vietoj to, kurį būsime priversti daryti, jeigu tą strategiją atmetame. Ar tiesiog sakysime, kad „šaškių lentos" sprendimas yra neteisingas

pagal apibrėžimą, nes skirtingus žmones traktuoja skirtingai be jokios pateisinamos priežasties, o teisingumas reikalauja panašius atvejus traktuoti vienodai? Ši sugestija, atrodo, pateikta tinkamoje kaimynystėje, nes jeigu „šaškių lentos" sprendimai išties yra ydingi, yda turi slypėti tame jų skiriamajame bruože, kad jie traktuoja žmones skirtingai, kai joks principas negali pateisinti tos skirties. Tačiau mes, kol pasiliekame teisiškumo plane, kaip aš jį apibrėžiau, negalime paaiškinti, kodėl dėl to visuomet priekaištautina. Mat įprastinės politikos aplinkybėmis „šaškių lentos" strategija užkardys neteisiškumo atvejus, kurie antraip kiltų, ir mes negalime pasakyti, kad teisiškumas reikalauja neeliminuoti jokio neteisiškumo, jeigu mes negalime eliminuoti viso neteisiškumo.

Tarkime, jog mes galime išgelbėti iš tironijos tik kai kuriuos įkalintuosius; vargu ar teisingumas reikalauja negelbėti nė vieno, net kai tik laimė, o ne koks nors principas, lems, ką mes išgelbėjame, o ką paliekame kankinti. „Šaškių lentos" sprendimo atmetimas taip pat atrodo neracionalus tada, kai alternatyva yra principo, kuriam mes oponuojame, generalinis triumfas. Vidinis kompromisas būtų išgelbėjęs kai kuriuos, atrinktus arbitraliai, iš neteisiškumo, kuriam bus pasmerkti visi kiti, bet alternatyva būtų buvusi neišgelbėti nė vieno. Dabar kas nors gali pasakyti: vis dėlto nors „šaškių lentos" sprendimai dėl tos priežasties gali būti pageidautini tam tikromis progomis, geriau pasielgsime kategoriškai atmesdami jų naudojimą iš anksto, nes turime pagrindą manyti, kad ilgalaikėje perspektyvoje dėl šių sprendimų bus daugiau produkuota nei išvengta konkretaus neteisingumo. Tačiau ši prognozė būtų įtikinama tik pastovios ir savimoningos opinijos daugumos nariams, ir jeigu tokia dauguma egzistuotų, tai egzistuotų ir savimoninga mažuma, kuri turėtų priešingą nuomonę. Taigi nėra vilties, kad čia rasime bendrą pagrindą atmesti „šaškių lentos" sprendimams.

Bet galbūt mes dairomės neteisinga kryptimi. Galbūt mūsų bendras pagrindas yra ne kokia nors prognozė apie neteisiškumo atvejų skaičių, kuriuos produkuotų ar užkardytų „šaškių lentos" strategija, bet mūsų įsitikinimas, kad niekas neturėtų aktyviai dalyvauti pro-

dukcijoje to, ką jis mano esant neteisinga. Galėtume pasakyti: joks „šaškių lentos" įstatymas negalėtų būti priimtas, jeigu dauguma teisės kūrėjų nebalsuoja už provizijas, kurias jie mano esant neteisiškas. Tačiau šis prieštaravimas provokuoja pagrindinį klausimą. Jeigu kiekvienas legislatūros narys, balsuojantis už „šaškių lentos" kompromisą, taip daro ne dėl to, kad pats neturi principų, bet dėl to, kad nori suteikti didžiausią įmanomą galią principams, kuriuos jis mano esant teisingus, tai kuria prasme ir kas pasielgė neatsakingai? Net jeigu sutiktume, kad joks teisės kūrėjas neturėtų balsuoti už kompromisą, tai nepaaiškintų, kodėl mes turėtume atmesti kompromisą kaip *rezultatą*. Mat galime lengvai įsivaizduoti legislatyvinę struktūrą, kuri mechaniškai produkuotų kompromisinius įstatymus, kaip funkciją įvairių teisės kūrėjų skirtingų nuomonių apie griežtą teisinę atsakomybę ar rasinę diskriminaciją, ar abortą, jokio teisės kūrėjo neprašant ir nereikalaujant balsuoti už tą kompromisą kaip atskirą siūlymą. Galėtų egzistuoti išankstinis supratimas, kad proporcija moterų, kurioms būtų leidžiama darytis abortą, būtų fiksuojama pagal balsų už visišką aborto legalizavimą santykį su bendru balsų skaičiumi. Jeigu mes vis dar prieštaraujame, tai mūsų prieštaravimas negali būti grindžiamas principu, kad joks individas neturėtų balsuoti prieš savo sąžinę.

Taigi, atrodo, neturime teisiškumo pagrindo iš anksto atmesti „šaškių lentos" strategiją ir stiprių teisingumo motyvų ją palaikyti. Tačiau mūsų instinktai ją smerkia. Išties dauguma iš mūsų, skirtingu laipsniu skirtingose situacijose, atmestų „šaškių lentos" sprendimus ne tik apskritai ir iš anksto, bet net konkrečiais atvejais, jeigu tai būtų viena iš galimybių. Mes rinktumėmės bet kurį iš alternatyvių sprendimų vietoj „šaškių lentos" kompromiso vietoje. Net jeigu aš manyčiau griežtą teisinę atsakomybę už avarijas esant neteisingą iš principo, pirmenybę teikčiau tam, kad šitas standartas būtų taikomas ir automobilių, ir skalbimo mašinų gamintojams, nei kad būtų taikomas tik vienam iš jų. „Šaškių lentos" sprendimą aš vertinčiau ne kaip tarpinį tarp kitų dviejų, o kaip trečią, žemiau už abu kitus, ir šitaip darytų daugelis kitų žmonių. Kai kuriais atve-

jais šis instinktas galėtų būti paaiškintas kaip atspindintis konkretaus „šaškių lentos" sprendimo netinkamumą ar neefektyvumą. Tačiau daugelis iš tų sprendimų, kuriuos mes galime įsivaizduoti, kaip kad aborto sprendimas, nėra ypač neefektyvūs, ir bet kuriuo atveju mūsų instinktas sugestijuoja, kad šie kompromisai yra neteisingi, ne tik nerealistiški.

Ne kiekvienas smerktų kiekvieną „šaškių lentos" sprendimą. Pavyzdžiui, žmonės, kurie yra labai tvirtai įsitikinę, kad abortas visuomet yra žmogžudystė, iš tiesų gali manyti, kad aborto „šaškių lentos" įstatymas yra geriau negu visiškai legalizuojantis įstatymas. Jie mano, kad mažiau žmogžudysčių yra geriau nei daugiau, nesvarbu koks nekoherentiškas tas kompromisas, kuris produkuoja jų mažiau. Jei kitomis aplinkybėmis „šaškių lentos" sprendimą jie pripažintų kaip paskutinį, griežtos atsakomybės gamintojams atveju, pavyzdžiui, jie vis tiek mano, kad vidinis kompromisas yra neteisinga, nors ir dėl motyvų, kurie nusileidžia kitiems, kai esminis klausimas yra labai rimtas. Taigi jie irgi turi tą instinktą, kurį reikia paaiškinti. Be to, šis instinktas, tikėtina, reikšis kituose, sudėtingesnėse klasifikacijose, kuriuos jie gali plėtoti. Tarkime, jog jūs manote, kad abortas yra žmogžudystė ir kad nėra jokio skirtumo, ar nėštumas yra iššaginimo rezultatas, ar ne. Argi jūs negalvotumėte, kad įstatymas, draudžiantis abortą, išskyrus iššaginimo atvejį, yra akivaizdžiai geresnis nei įstatymas, draudžiantis abortą, išskyrus moterims, gimusioms viename tam tikrame kiekvieno amžiaus dešimtmetyje? Bent jau tuo atveju, jeigu jūs neturėtumėte pagrindo manyti, kad viena arba kita alternatyva iš tikrųjų įgalins daugiau abortų? Pirmąjį iš šių įstatymų jūs suprantate kaip sprendimą, kuris teikia galią dviems pažįstamiems teisiškumo principams, sutvarkytiems tam tikru būdu, net jei jūs ir nepripažįstate vieno iš tų principų.[8] Jūs negalite šitaip traktuoti ir antrojo; jis tiesiog kai kurių žmonių atveju teigia principą, kurio netaiko kitiems. Taigi daugeliui iš mūsų preferencijos konkrečiais atvejais kuria tą patį galvosūkį kaip ir mūsų bendresnis atmetimas „šaškių lentos" sprendimo kaip generalinės strategijos spręsti nuomonių dėl principo skirtumus. Mes negalime paaiškinti savo priešiškumo

vidiniam kompromisui apeliuodami į principus, teisingumo arba teisiškumo, kaip šias dorybes apibrėžėme.

Astronomai postulavo Neptūną prieš jį atrasdami. Jie žinojo, kad tik kita planeta, kurios orbita yra už jau pažįstamų orbitų, galėtų paaiškinti artimesniųjų planetų elgesį. Mūsų instinktai dėl vidinio kompromiso sugestijuoja už teisiškumo ir teisingumo stovint kitą politinį idealą. Integralumas yra mūsų Neptūnas. Pats natūraliausias paaiškinimas to, kodėl mes oponuojame „šaškių lentos" įstatymams, apeliuoja į tą idealą: mes sakome, kad valstybė, kuri priima vidinius kompromisus, veikia neprincipingai, nors skyrium nė vienas pareigūnas, kuris balsavo už ar įgyvendina kompromisą, nėra padaręs nieko, ko, vertinant jo individualius vertinimus pagal įprastinius asmens moralės standartus, jis būtų turėjęs nedaryti. Valstybė stokoja integralumo dėl to, kad privalo remti dalį to, ką ji daro, pateisinančius principus, kuriuos ji turi atmesti, kad pateisintų kitus savo veiksmus. Toks paaiškinimas atskiria integralumą nuo nepagrįsto nuoseklumo to, kuris atsisako išgelbėti kai kuriuos kalinius dėl to, kad jis negalįs išgelbėti visų. Jeigu jis būtų išgelbėjęs kai kuriuos, atrinktus arbitraliai, jis nebūtų pažeidęs jokio principo, kuris jam reikalingas pateisinti kitiems aktams. Tačiau valstybė principą pažeidžia, kai pripažįsta saliamonišką „šaškių lentos" sprendimą; tai personifikuotos valstybės aktų principo nenuoseklumas, kurį integralumo samprata kritikuoja.

Integralumas ir konstitucija

„Šaškių lentos" įstatymai yra pats dramatiškiausias integralumo idealo pažeidimas, ir jie nėra nežinomi mūsų politinei istorijai. Jungtinių Valstijų Konstitucijoje pradžioje būta ypač nemalonių pavyzdžių: kompromisu buvo sprendžiama vergovės problema, kai skaičiuota trys penktadaliai valstijos vergų nustatant valstijos atstovavimą Kongrese ir kai buvo draudžiama Kongresui apriboti pradinę valstijų galią importuoti vergus, bet tik iki 1808 m.[9] Tačiau integralumas paminamas ne tik specifiniuose tokio pobūdžio kompromisuose, bet visuo-

met, kai bendruomenė priima ir įgyvendina įvairius įstatymus, iš kurių kiekvienas skyrium yra koherentiškas, bet kurių negalima apginti visų kartu kaip išreiškiančių koherentišką įvairių principų – teisiškumo arba teisingumo, arba deramo procedūrinio proceso – reitingavimo. Mes žinome, kad mūsiškė teisinė struktūra nuolat pažeidinėja integralumą šiuo ne tokiu dramatišku būdu. Mes negalime visų įvairių statutinės ir tradicinės teisės normų, kurias įgyvendina mūsų teisėjai, pajungti vienai koherentiškai principo schemai. (Kai kurias šio fakto implikacijas aptariu 11-ame skyriuje.) Tačiau mes vis tiek integralumą pripažįstame kaip politinį idealą. Mūsų kolektyvinės moralės dalis yra nuostata, kad tokie kompromisai yra neteisingi, kad bendruomenė kaip visuma, o ne tik individualūs pavieniai pareigūnai, privalo veikti principingai.

Jungtinėse Valstijose šis idealas tam tikru mastu yra konstitucinės teisės dalykas, nes Keturioliktosios pataisos Lygios apsaugos klauzulė dabar suprantama kaip delegitimuojanti vidinius kompromisus dėl svarbių principo dalykų. Aukščiausiasis teismas remiasi vienodos apsaugos kalba, kai naikina tuos valstybės aktus, kurie pripažįsta fundamentalias teises kai kuriems subjektams, bet jų nepripažįsta kitiems. Konstitucija reikalauja iš valstijų visiems piliečiams taikyti tam tikras teises – pavyzdžiui, teisę į laisvą žodį, – tačiau kitas, ne Konstitucijos reikalaujamas teises, joms palieka laisvę pripažinti, jei norima. Tačiau jeigu valstija pripažįsta vienas iš šių ne konstitucijos reikalaujamų teisių kaip taikytinas vienai piliečių klasei, ji privalo jas pripažinti kaip taikytinas visiems.[10] Pavyzdžiui, kontroversiška Aukščiausiojo teismo 1973 m. nutartis dėl aborto leidžia valstijoms visiškai uždrausti abortą paskutiniais trim nėštumo mėnesiais.[11] Tačiau Teismas neleistų valstijai uždrausti abortą paskutiniais trim nėštumo mėnesiais tik moterims, gimusioms lyginiais metais.

Ši sąsaja tarp integralumo ir vienodos apsaugos retorikos daug pasako. Mes reikalaujame integralumo, nes manome, kad vidiniai kompromisai atimtų tai, kas dažnai vadinama „lygybe prieš įsatymą", o kartais „formaliąja lygybe". Tapo madinga sakyti, kad ši lygy-

bės rūšis yra nesvarbi, nes ji menkai saugo nuo tironijos. Tačiau šis suniekinimas remiasi konvencionalistiška prielaida, kad formalioji lygybė yra tik normų, – kad ir kokios jos būtų, – kurios buvo paskelbtos legislatūroje, įgyvendinimo dalykas. Vienodos apsaugos atvejai rodo, kokia svarbi tampa formalioji lygybė, kai ji suprantama kaip reikalaujanti taip pat ir integralumo, ne tik gryno loginio nuoseklumo, kai ji reiklauja ištikimybės ne tik normoms, bet teisiškumo ir teisingumo teorijoms, kurias šios normos presuponuoja kaip pateisinamąjį pagrindą.

Konstitucinėje Jungtinių Valstijų sistemoje galime dairytis ir kitos pamokos apie integralumo dimensijas, pamokos, kuri pasirodys svarbi vėliau šiame skyriuje. Integralumas galioja politinių bendruomenių viduje, o ne tarp jų, taigi bet kokia mūsų nuomonė apie koherencijos reikalavimo mastą remiasi kokiomis nors prielaidomis apie šių bendruomenių dydį ir pobūdį. Amerikos Konstitucija numato federalinę sistemą: ji pripažįsta valstijas kaip atskiras politines bendruomenes ir teikia joms suverenumą daugeliu principo klausimų. Taigi anoks politinio integralumo pažeidimas yra tai, kad kai kurių valstijų delikto įstatymai skiriasi nuo kitų valstijų atitinkamų įstatymų net principo klausimais. Kiekvienas suverenas kalba vieningu balsu, nors ir nederančiu su kitų suverenų balsais. Tačiau federalinėje sistemoje konstituciniu lygmeniu priimamiems aukštesnio rango sprendimams integralumas kelia reikalavimus dėl valdžios padalijimo tarp nacionalinio ir labiau vietinio lygmenų. Kai kurie teoretikai ir politikai, oponavę Aukščiausiojo teismo 1973 m. sprendimui dėl aborto, dabar teigia, kad Konstituciją reikia suprasti kaip sprendimus dėl abortų paliekančią įvairioms valstijoms, kad kai kurios, atsiradus reikalui, galėtų leisti abortą, kitos – jį drausti bet kokiomis aplinkybėmis, o dar kitos – nustatyti tarpinį režimą.[12] Šis siūlymas pats nėra „šaškių lentos" sprendimas: kiekviena valstija išlaikytų konstitucinę pareigą, reikalaujančią, kad jos pačios aborto įstatymas būtų koherentiškas principo atžvilgiu, ir šis siūlymas pripažįsta nepriklausomus suverenus, o ne kalba už visus apskritai. Tačiau integralumo klausimas lieka: ar palikti aborto klausimą at-

skiroms valstijoms spręsti skirtingai, jei jos pageidauja, yra koherentiška pagal principą Amerikos konstitucinės schemos visumos atžvilgiu, o tai kitas svarbias teises daro nacionalines pagal galiojimo ir įgyvendinimo mastą.

AR INTEGRALUMAS PATRAUKLUS?

Aš nepateikiau jokių papildomų argumentų savo teiginiui, kad mūsų politinis gyvenimas pripažįsta integralumą kaip politinę dorybę. Pateiktoji argumentacija dabar atrodo pakankamai stipri, kad intereso svoris persikeltų į kitą interpretacijos plotmę. Ar gerai darome šitaip interpretuodami savo politiką? Ar mūsų politinė kultūra yra patrauklesnė, jei ją suprantame kaip pritariančią dorybei? 5-ame skyriuje jau aprašiau akivaizdų iššūkį integralumui. Pragmatistas, nekantraujantis atmesti integralumą, atakuos giliąją darbinę personifikaciją, kurią mes naudojame tam idealui apibrėžti. Mes sakome, kad valstybė kaip visuma elgiasi neteisingai, kai pritaria vidiniam kompromisui, nes „ji" tuomet kompromituoja „savo" principus. Pragmatistas tvirtins, kad valstybė nėra būtybė, galinti turėti principus, kuriuos galima sukompromituoti. Nei valstybė, nei jos valdžia nėra asmuo; jos yra žmonių sambūris, ir jeigu nė vienas iš šių atskirų žmonių nepasielgė kaip nors nenuosekliai savo paties ar pačios principų atžvilgiu, kokia gali būti prasmė sakyti, kad tai padarė valstybė, kurią jie reprezentuoja?

Pragmatistas, kuris teikia šį argumentą, politinę atsakomybę mėgina sukonstruoti iš įprastinių, nepolitinių moralės principų. Jis eina pirmojo iš mūsų 5-o skyriaus argumentų dėl akcininkų atsakomybės už defektyvius automobilius keliu, taikydamas įpastinius principus dėl vieno asmens atsakomybės už žalą kitam. Jis klausia, ką gali padaryti kiekvienas teisės kūrėjas, būdamas toje pozicijoje, kuri jam teko, kad sumažintų bendrą neteisiškumo ir neteisingumo atvejų skaičių vadovaudamasis savo paties pažiūromis į tai, ko reikalauja teisiškumas ir teisingumas. Jeigu mes laikomės šios pragmatisto argumento tvarkos – jeigu pradedame nuo individualios pareigūno atsakomy-

bės, – prieisime jo išvadą, nes tuomet neturėsime jokio priimtino paaiškinimo, kodėl balsas už „šaškių lentos" sprendimą yra blogai, jokio paaiškinimo, kodėl konkretus pareigūnas turėtų kompromisą laikyti blogesniu rezultatu už rezultatą, kurį jis laiko labiau vienareikšmiškai neteisingu. Tačiau jeigu mes reikalaujame vidinio kompromiso produkuotus įstatymus traktuoti kaip vieningo savarankiško moralinio agento aktus, tai galime pasmerkti juos kaip neprincipingus, ir tuomet turime pagrindą argumentuoti, kad joks pareigūnas neturėtų prisidėti prie savo valstijos neprincipingų aktų. Tad tam, kad apgintume legislatyvinį integralumo principą, turime apginti bendrą argumentacijos, kuri pačią bendruomenę laiko moraliniu agentu, stilių.

Mūsų argumentavimas turi būti išvestas iš politinės dorybės, o ne iš metafizikos – jeigu manoma, kad tai skirtingi dalykai. Turime teigti ne tai, kad integralumas yra ypatinga politikos dorybė dėl to, jog valstybė ar bendruomenė yra atskira būtybė, o tai, kad bendruomenė turi būti suprantama kaip atskiras moralinis agentas dėl to, kad socialinės ir intelektualinės praktikos, kurios traktuoja bendruomenę šiuo būdu, turėtų būti saugomos. Dabar mes susiduriame su akivaizdžiu ir dideliu keblumu. Mes esame įpratę politiniame gyvenime dėl socialinių ir politinių institucijų diskutuoti tam tikru būdu: atakuojant arba ginant jas teisiškumo ir teisingumo pagrindais. Tačiau mes negalime viltis šiuo normaliu būdu apginti integralumą, nes žinome, kad integralumas kartais konfliktuos su tuo, ką rekomenduoja teisingumas ir teisiškumas. Turime išplėsti politinės diskusijos apimtis, jeigu politinį integralumą norime teigti kaip atskirą nepriklausomą idealą. Tačiau kaip? Štai viena sugestija, tačiau – ne vienintelė galimybė. Prancūzų revoliucinė retorika pripažino politinį idealą, kurio mes dar nesvarstėme. Savo integralumo gynimo argumentų turime ieškoti brolybės[13] kaimynystėje arba, jei vartotume madingesnį jos vardą, bendruomenės idėjoje.

Aš argumentuosiu, kad politinė visuomenė, kuri integralumą laiko politine dorybe, dėl to tampa ypatinga bendruomenės forma ypatingu būdu, kuris tvirtina jos moralinį autoritetą turėti ir taikyti vals-

tybinės prievartos monopolį. Tai ne vienintelis įmanomas argumentas integralumo naudai ar vienintelė jo pripažinimo pasekmė, kurią galėtų vertinti piliečiai. Pavyzdžiui, integralumas saugo nuo šališkumo ar apgaulės, ar kitų pareigūnų korupcijos formų. Daugiau erdvės favoritizmui ar sąskaitų suvedinėjimui yra sistemoje, kuri leidžia, kad automobilių ir skalbimo mašinų gamintojus valdytų skirtingi ir prieštaringi teisinės atsakomybės principai. Taip pat integralumas prisideda prie teisės efektyvumo – būdu, kurį pažymėjome anksčiau. Jeigu žmonės supranta, kad juos valdo ne tik aiškios normos, paskelbtos praeities politiniuose sprendimuose, bet ir visi kiti standartai, kurie kyla iš principų, tų sprendimų presuponuojamų, tai pripažintų viešųjų standartų kompleksas gali plėstis bei būti ribojamas organiškai, gilėjant žmonių suvokimui ir mąstymui apie tai, ko šie principai reikalauja naujomis aplinkybėmis, mąžtant poreikiui turėti detalius teisės aktus ar teismines nutartis kiekvienu galimu konflikto klausimu. Žinoma, šis procesas vyksta ne taip efektyviai, kai žmonės nesutaria, kaip kad kartais jie neišvengiamai nesutars dėl to, kokius principus iš tiesų presuponuoja aiškios jų bendruomenės normos ir kiti standartai. Tačiau bendruomenė, kuri pripažįsta integralumą, turi organiškos kaitos įnagį, nors ir ne visada visiškai efektyvų, – kaitos, kurios ji antraip iš viso neturėtų.

Šios integralumo pasekmės yra praktinės. Kitos yra moralinės ir susijusios su išraiška. Savo įžanginiame, nedetaliame integralumo aptarime ankstesniame skyriuje pažymėjome, kad daugelis iš mūsų politinių pažiūrų, sukauptų mūsų instinktyvioje ar grupinėje atsakomybėje, taria, jog mes tam tikra prasme esame politinių sprendimų, priimtų mūsų valdančiųjų, autoriai ar bent jau kad turime pagrindą save šitaip suvokti. Kantas ir Rousseau savo laisvės koncepcijas grindė šiuo teisinės savikūros *(self-legislation)* idealu.[14] Tačiau šiam idealui reikalingas integralumas, nes pilietis negali laikyti savęs įstatymų kolekcijos, kurie yra nenuoseklūs pagal principą, autoriumi, taip pat negali tos kolekcijos suprasti kaip steigiamos kokia nors rusoistiška bendrąja valia.

Savivaldos idealas turi ypatingą aspektą, kurį integralumo sampra-

ta tvirtina tiesiogiai, ir jį pažymėdami prieisime prie mūsų pagrindinio legitimumo ir politinės pareigos aptarimo. Integralumas išplečia ir pagilina vaidmenį, kurį gali atlikti individualūs piliečiai, plėtodami savo bendruomenės viešuosius standartus, nes jis iš jų reiklauja traktuoti savo tarpusavio santykius kaip būdingai, o ne tik sporadiškai, reguliuojamus tų standartų. Jeigu formalią teisėkūrą žmonės suprastų tik kaip pavienių problemų išlygtų sprendimų dalyką, nesusijusį su jokiu grindžiamuoju įsipareigojimu kokiai nors fundamentalesnei viešajai teisiškumo koncepcijai, jie darytų griežtą perskyrą tarp dviejų santykio su bendrapiliečiais rūšių: santykio, kuris telpa tam tikro praeities politinio sprendimo apimtyje, ir santykio, kuris neišsitenka joje. Integralumas, priešingai, tvirtina, kad kiekvienas pilietis privalo laikyti ir kelti kitiems tuos reikalavimus, kuriems yra bendra bet kokių eksplicitiškų politinių sprendimų moralinė dimensija, ir tuos, kurie ją išplečia. Taigi integralumas sulieja piliečių moralinį ir politinį gyvenimą: iš gero piliečio, sprendžiančio, kaip elgtis su savo kaimynu, kai jų interesai konfliktuoja, jis reikalauja interpretuoti bendrą teisiškumo schemą, kuriai jie abu yra įsipareigoję tiesiog dėl to, kad yra piliečiai.[15]

Integralumas pripildo politines ir privačias progas viena kitos dvasios abiejų naudai. Šis vientisumas turi ir praktinę, lygiai kaip išraiškos vertę, nes jis sąlygoja organinį kaitos stilių, apie kurį užsiminiau prieš akimirką kaip apie praktinį pranašumą. Tačiau jo ekspresyvinė vertė neišsenka – kaip kad galėtų praktinė vertė – kai piliečiai nesutaria dėl to, kuri teisiškumo schema iš tikrųjų glūdi bendruomenės eksplicitiškuose politiniuose sprendimuose. Mat ekspresyvinė vertė tvirtinama, kai geros valios žmonės mėgina traktuoti vienas kitą tokiu būdu, kuris yra priimtinas bendros pilietybės požiūriu bendruomenėje, reguliuojamoje politinio integralumo, ir suprasti vieni kitus kaip šito siekiančius, nors jie ir nesutaria dėl to, ko integralumas reikalauja konkrečiomis aplinkybėmis. Politinis įsipareigojimas tuomet yra ne šiaip paklusimo atskiriems pavieniams bendruomenės politiniams sprendimams dalykas, kaip paprastai tai vaizduoja politiniai filosofai. Jis virsta labiau protestan-

tiška idėja: ištikimybės principo schemai, kurią kiekvienas pilietis turi atsakomybę identifikuoti – visų pirma sau pačiam – kaip savo bendruomenės schemą, idėja.

LEGITIMUMO GALVOSŪKIS

Dabar mes imamės paaiškinti tiesioginę sąsają tarp teisės integralumo ir moralinio autoriteto, o tai mūsų nagrinėjimą grąžina prie pagrindinio knygos argumento. Aš sakiau, kad teisės sąvoka – kaip plotmė, kur ginčas tarp sampratų yra pats naudingiausias, – konstruoja teisės sąsają su oficialiosios prievartos pateisinimu. Teisės samprata turi paaiškinti, kaip tai, ką ji laiko teise, teikia bendrą prievartinės valstybės galios naudojimo pateisinimą, kuris galioja visada, išskyrus ypatingus atvejus, kai koks nors konkuruojantis argumentas yra itin stiprus. Kiekvienos sampratos organizuojantis centras yra jos teikiamas šios pateisinamosios galios paaiškinimas. Taigi kiekviena samprata susiduria su ta pačia slenkstine problema. Kaip *kas nors* apskritai gali teikti net ir tą bendrą valstybės prievartos pateisinimo įprastinėje politikoje formą? Kas apskritai kada nors gali kam nors suteikti tokios rūšies įgaliotą galią kito atžvilgiu, galią, kurią, kaip tariama politikoje, valdantieji turi valdomųjų atžvilgiu? Kodėl, pavyzdžiui, tai, kad dauguma balsavimu išrenka tam tikrą režimą, teikia tam režimui legitimią galią atžvilgiu tų, kurie balsavo prieš jį?

Tai klasikinė prievartinės valstybės galios legitimumo problema. Ji neatsiejama nuo kitos klasikinės problemos: politinės pareigos *(obligation)* problemos. Ar tikras moralines pareigas piliečiai turi tik teisės dėka? Ar tas faktas, kad legislatūra yra paskelbusi tam tikrą reikalavimą, pats savaime teikia piliečiams moralinį, ne tik praktinį, pagrindą paklusti? Ar tas moralinis pagrindas galioja net ir tiems piliečiams, kurie nepritaria tai priimtajai normai arba mano jį esant neteisingą pagal principą? Jeigu piliečiai neturi tokių moralinių pareigų, tai valstybės prievartos mandatas rimtai, galbūt lemtingai diskredituojamas. Šie du klausimai – ar valstybė yra moraliai legiti-

mi, ta prasme, kad turi pateisinimą naudoti jėgą savo piliečių atžvilgiu, ir ar valstybės sprendimai jiems nustato tikrąsias pareigas – nėra identiški. Jokiai valstybei nedera jėga įgyvendinti visas piliečio pareigas. Tačiau nors pareiga nėra pakankama sąlyga prievartai, ji yra artima būtinai sąlygai. Valstybė gali turėti tvirtų motyvų kokiomis nors ypatingomis aplinkybėmis taikyti prievartą tiems, kurie neturi pareigos paklusti. Tačiau nebūtų įmanoma pateisinti jokios bendros politinės nuostatos diegti geležinę teisės tvarką, jeigu teisė bendrąja prasme nebūtų tikrųjų pareigų šaltinis.

Valstybė yra legitimi, jeigu jos konstitucinės struktūros ir praktikos sąlygoja tai, kad jos piliečiai turi bendrą pareigą paklusti politiniams sprendimams, skirtiems nustatyti jų pareigas. Argumentas už legitimumą teturi suteikti pagrindimą tai bendrai situacijai. Jis neturi parodyti, kad šia prasme legitimi valdžia dėl to turi moralinį autoritetą su savo piliečiais daryti ką tinkama arba kad jie yra įpareigoti paklusti kiekvienam jos priimamam sprendimui. Aš parodysiu, kad valstybė, kuri pripažįsta integralumą kaip politinį idealą, turi geresnių argumentų už savo legitimumą nei ta, kuri jo nepripažįsta. Jeigu taip yra, tai šitai teikia stiprų tos rūšies pagrindimą, kurio mes ką tik dairėmės, – motyvą, kodėl mes gerai darytume, savo politines praktikas suprasdami kaip pagrįstas ta dorybe. Konkrečiai, tai teikia stiprų argumentą už tą teisės sampratą, kuri integralumą laiko fundamentaliu dalyku, nes bet kokia samprata privalo paaiškinti, kodėl teisė yra legitimus autoritetas valstybinei prievartai pateisinti. Taip savo teiginius integralumui pagrįsti įkomponuojame į mūsų pagrindinį projektą – rasti patrauklią teisės sampratą.

Nebylus sutikimas

Filosofai teikia keletą rūšių argumentų moderniųjų demokratijų legitimumui pagrįsti. Vienas argumentas naudoja visuomenės sutarties idėją, tačiau jo neturime painioti su argumentais, kurie tą idėją naudoja nustatyti teisingumo pobūdžiui ar turiniui. Pavyzdžiui, Johnas Rawlsas įsivaizduojamą visuomenės sutartį siūlo kaip instrumentą

išrinkti geriausiai teisingumo sampratai utopinės politinės teorijos modeliuojamomis aplinkybėmis. Jis teigia, kad tam tikromis netikrumo sąlygomis kiekvienas pasirinktų tam tikrus teisingumo principus kaip tai, kas atitinka jo ineresus, deramai suprastus, ir sako, kad dėl to tie principai yra teisingi principai ir mums.[16] Kad ir ką galvotume apie jo iškeltą prielaidą, tai neturi tiesioginės sąsajos su mūsų dabar svarstoma legitimacijos įprastinės politikos aplinkybėmis problema, aplinkybėmis, kur Rawlso teisingumo principai anaiptol neviešpatauja. Žinoma, visai kitaip būtų, jeigu kiekvienas pilietis būtų tikro istorinio sutarimo pripažinti politinius sprendimus ir jiems paklusti dalyvis, sutarimo, priimto taip, kaip iš tikrųjų yra priimami politiniai jo bendruomenės sprendimai. Tuomet istorinis sutarimo faktas teiktų bent jau gerą *prima facie* pagrindimą valstybinei prievartai pateisinti net įprastinėje politikoje. Kai kurie politiniai filosofai tikrai pasidavė pagundai sakyti, kad mes iš tiesų be žodžių sutariame laikytis tokios socialinės sutarties, tiesiog neemigruodami, sulaukę pilnametystės. Tačiau niekas negali šitai rimtai teigti ilgai. Sutikimas negali saistyti žmonių, – tuo būdu, kurio reikalauja šis argumentas, – jeigu jis nėra duotas laisvesne valia ir jeigu tai – sutikimas, duotas nesant jokios tikresnės galimybės rinktis iš alternatyvų, išskyrus galimybę atsisakyti pradėti kurti gyvenimą nuo nulio po svetima vėliava. Ir net jeigu sutikimas būtų tikras, tas argumentas subliukštų kaip argumentas legitimumui pagrįsti, nes asmuo vieną suvereną palieka tik tam, kad prisijungtų prie kito; jis neturi pasirinkimo būti visiškai nepriklausomas nuo suverenų.

Pareiga būti teisingam

Rawlsas teigia, kad žmonės jo įsivaizduojamoje pradinėje pozicijoje pripažintų prigimtinę pareigą remti institucijas, kurios tenkina abstraktaus teisingumo testus, ir kad ši pareiga, jų supratimu, apimtų ir pareigą remti tas institucijas, kurios nėra tobulai teisingos, bent jau tada, kai yra kalbama apie sporadišką neteisingumą, pasitaikantį sprendimuose, priimtuose teisingų, mažoritarinių institucijų.[17] Net

tie, kurie atmeta bendrą Rawlso metodą, galėtų pripažinti pareigą remti teisingas ar beveik teisingas institucijas. Tačiau ši pareiga neteikia gero legitimumo paaiškinimo, nes politinę pareigą ji nepakankamai glaudžiai sieja su konkrečia bendruomene, kuriai priklauso tie, kuriuos saisto ta pareiga; ji neparodo, kodėl britai turi kokią nors ypatingą pareigą remti Britanijos institucijas. Galime sukonstruoti praktinį kontingentišką argumentą už ypatingą pareigą. Britai turi daugiau galimybių remti britų institucijas nei kitų tautų institucijas, tautų, kurių institucijas jie taip pat mano esant daugiausia teisingas. Tačiau šis praktinis argumentas neįstengia užčiuopti ypatingosios pareigos intymumo. Jis neparodo, kaip legitimumas kyla iš pilietybės ir ją apibrėžia. Šis prieštaravimas kreipia mus nuo teisingumo, kuris yra konceptualiai universalistinis, prie integralumo – kuris visada jau yra labiau asmeniškas savo skirtingais reikalavimais skirtingoms bendruomenėms – kaip legitimumo gimdytojo.

Sąžiningas žaidimas

Pats populiariausias ginamasis legitimumo argumentas yra sąžiningo žaidimo argumentas:[18] jeigu kas nors yra gavęs naudos esamos politinės organizacijos sąlygomis, tai jis turi pareigą prisiimti taip pat ir tos organizacijos atsakomybės naštos dalį, įskaitant prievolę pripažinti jos politinius sprendimus, nepriklausomai nuo to, ar jis tą naudą išsireikalavo, ar ne, ir ar kokiu nors aktyvesniu būdu sutiko prisiimti atsakomybės naštą. Šis argumentas išvengia sutikimo argumento fantazijos bei prigimtinės teisingumo pareigos argumento universalumo bei kitų defektų, todėl gali atrodyti kaip stipresnis varžovas mano prielaidos, kad legitimumą geriausiai pagrindžia integralumas. Tačiau jis yra trapus dviejų dažnai pažymimų kontrargumentų požiūriu. Pirma, sąžiningo žaidimo argumentas taria, kad žmonės gali užsitraukti pareigas tiesiog gaudami tai, ko jie nesiekia, ir būtų atmetę, jei būtų turėję tokią galimybę. Tai atrodo neįtikinama. Tarkime, jog per garsiakalbius transliuojama puiki ir studentams brangiai kainuojanti filosofo paskaita. Ar visi tie, kurie ją išgirsta – net tie, kurie

ja pasinaudoja ir gauna naudos, – lieka jam skolingi už tą paskaitą, nes nemokėjo mokesčio?[19]

Antra, sąžiningo žaidimo argumentas yra dviprasmiškas vienu lemiamos svarbos atžvilgiu. Kuria prasme, anot jo, žmonės turi naudos iš politinės organizacijos? Pats akivaizdžiausias atsakymas yra šis: kas nors turi naudos iš politinės organizacijos, jeigu apskritai jo situacija – jo „gerovė" ta prasme, kuria tą frazę vartoja ekonomistai, – tos organizacijos sąlygomis yra pranašesnė palyginti su tuo, kokia ji būtų be jos. Tačiau tuomet viskas priklauso nuo to, koks yra mūsų standartas, nuo to, ką reiškia „antraip", ir kai pamėginame specifikuoti tą standartą, prieiname aklavietę. Šis principas yra aiškiai per griežtas, – nieko nepateisina, – jeigu jis reikalauja parodyti, kad kiekvienam piliečiui esamos politinės sistemos sąlygomis yra geriau, nei jam būtų bet kurios kitos sistemos, kuri būtų galėjusi išsirutulioti jos vietoje, sąlygomis. Mat šito niekuomet negalima parodyti visų piliečių, kuriuos tas principas sumanytas aprėpti, atžvilgiu. Sykiu jis yra aiškiai per silpnas, – jį pernelyg lengva patenkinti, todėl jis per daug visko pateisina, – jeigu reikalauja tik parodyti, kad kiekvienam piliečiui esamos organizacijos sąlygomis yra geriau, nei jam būtų nesant iš viso jokios socialinės ar politinės organizacijos, t. y. hobsiškosios gamtinės būklės sąlygomis.

Šį antrą prieštaravimą galime atremti, jeigu atmetame mano aprašytąją „akivaizdžią" labai svarbios – naudos – idėjos interpretaciją. Tarkime, jog mes tą argumentą suprantame kitaip: jog jis taria ne kad tam tikra socialinė ar politinė organizacija pakėlė kiekvieno piliečio gerovę, vertinamą kokiu nors politiškai neutraliu būdu, o kad kiekvienas gavo naudos *iš* tos organizacijos. Kitaip tariant, – kad jis iš tikrųjų gavo tai, kas jam priklauso pagal teisiškumo ir teisingumo standartus, kurių pagrindu ji yra sukonstruota. Sąžiningo žaidimo principas, suprantamas šiuo būdu, nusako mažų mažiausiai sąlygą, būtiną legitimumui. Jeigu bendruomenė nesiekia tam tikrą asmenį traktuoti kaip lygų, net tiek, kiek leidžia galimybės, tai jos pretenzijos į jo politinį įpareigojimą autoritetas lemtingai pašlyja. Tačiau lieka neaišku, kaip tas negatyvus faktas, kad visuomenė ko nors šiuo

būdu nediskriminavo, pagal jos standartus galėtų teikti kokį nors pozityvų pagrindimą, kodėl jis turėtų pripažinti jos įstatymus kaip įpareigojimus. Išties pirmasis mano aprašytasis prieštaravimas tampa dar stipresnis, jeigu taip atsakome į antrąjį. Mat dabar sąžiningo žaidimo argumentas turi būti suprantamas ne kaip teiginys, kad asmuo užsitraukia pareigą, kai jo gerovė kokia nors prasme pakyla ne jo iniciatyva, bet kaip teiginys, kad jis užsitraukia pareigą, kai traktuojamas tokiu būdu, kuris gali net ir nepakelti jo gerovės virš kokios nors nustatytos žymos. Mat tame, kad individas buvo teisingai traktuojamas savo bendruomenės pagal jos pačios standartus, nėra nieko, kas garantuotų dar kokį nors materialesnį pranašumą.

BENDRUOMENĖS PAREIGOS

Aplinkybės ir sąlygos

Ar iš tiesų niekas negali patirti moralinio afekto, kai jam suteikiama tai, ko jis neprašo ar nepasirenka turėti? Taip manysime, jeigu turime galvoje tik atvejus, kai naudos gaunama per svetimus, tokius kaip filosofai, kalbantys per garsiakalbius. Tačiau mūsų įsitikinimai bus visai kitokie tada, kai turime galvoje pareigas, kurios dažnai vadinamos vaidmens įsipareigojimais, tačiau aš jas vadinsiu bendru rūšiniu asociacinių, arba bendruomeninių *(communal)* pareigų vardu. Turiu galvoje tą ypatingą atsakomybę, kurią socialinė praktika sieja su naryste kokioje nors biologinėje ar socialinėje grupėje, kaip antai prievoles šeimos ar draugų, ar kaimynų atžvilgiu. Dauguma žmonių mano, kad jie turi asociacinių įsipareigojimų tiesiog dėl to, kad priklauso grupėms, apibrėžtoms socialinės praktikos, – o tai nebūtinai yra pasirinkimo ar sutikimo dalykas, – bet kad gali nustoti būti saistomi šių įsipareigojimų, jei kiti grupės nariai neleidžia jiems turėti naudos iš priklausymo tai grupei. Šios įprastos prielaidos dėl asociacinių prievolių reiškia, kad politinis įsipareigojimas gali būti įskaičiuojamas prie jų, o tokiu atveju minėtieji du prieštaravimai sąžiningo žaidimo argumentui nebebūtų prasmingi. Tačiau apskritai filosofai ignoravo

šią galimybę – manau, dėl dviejų priežasčių. Pirma, plačiai manoma bendruomenines pareigas priklausant nuo emocinių saitų, kurie presuponuoja, kad kiekvienas grupės narys asmeniškai pažįsta visus kitus, o taip tikrai negali būti stambiose politinėse bendruomenėse. Antra, ypatingos bendruomeninės atsakomybės, galiojančios stambioje anonimiškoje bendruomenėje, idėja atsiduoda nacionalizmu ar net rasizmu, kurie buvo ir yra itin didelio masto kančios ir neteisybės šaltiniai.

Todėl turime apmąstyti gerai žinomų asociacinių įsipareigojimų pobūdį, kad suprastume, kiek tie tariami prieštaravimai iš tikrųjų taiklūs. Asociaciniai įsipareigojimai yra sudėtingi ir filosofų studijuoti daug mažiau nei tos asmeninių įsipareigojimų, kuriuos mes užsitraukiame konkrečiais pažadais ir kitais valingais aktais, rūšys. Tačiau jie yra svarbi moralinio klimato dalis: daugumai žmonių įsipareigojimai šeimai, mylimiesiems, draugams bei profesinės sąjungos ar darbo kolegoms yra patys svarbiausi, patys lemiamiausi iš visų. Socialinės praktikos istorija apibrėžia bendruomenines grupes, kurioms mes priklausome, ir pareigas, kurias siejame su jomis. Ji apibrėžia, kas yra šeima arba kaimynystė, arba profesijos kolega ir kokios pareigos vieną šių grupių narį ar šio vardo turėtoją saisto kito atžvilgiu. Tačiau socialinė praktika grupes ir pareigas apibrėžia ne rituališku dekretu, ne detaliau išplėsdami konvencijų taikomąją apimtį, o sudėtingesniu būdu, kylančiu iš interpretacinės laikysenos. Sąvokos, kurias mes naudojame šioms grupėms aprašyti ir teigti šioms pareigoms arba jas atmesti, yra interpretacinės sąvokos; interpretaciniu būdu žmonės gali nuovokiai nusakyti, kas iš tiesų yra draugystė ir kokia iš tikrųjų yra vaikų pareiga savo tėvams šių senatvėje. Neapdoroti duomenys, kaip draugai paprastai traktuoja vienas kitą, yra ne geresnis argumentacijos dėl draugystės įsipareigojimų išvadų pagrindas, nei žali duomenys būtų pagrindas argumentų dėl pagarbumo mano įsivaizduotoje bendruomenėje išvadoms arba argumentams dėl mums prideramos teisės.

Tarkime, jog mes mėginame parašyti ne šiaip vienos asociacinės praktikos, tokios kaip šeima ar draugystė, ar kaimynystė, interpreta-

ciją, bet abstraktesnę dar bendresnės paties asociacinio įpareigojimo praktikos interpretaciją. Aš negaliu čia toli eiti šio projekto linkme ar išplėtoti kokią nors gilią ir nuodugnią tos abstrakčios praktikos studiją. Tačiau net paskubomis mestas žvilgsnis rodo, kad mes negalime paaiškinti tos bendros praktikos, jeigu pripažįstame principą, kuris daugeliui filosofų atrodė labai patrauklus, – jog niekas negali įgyti ypatingų įsipareigojimų konkretiems žmonėms jokiu kitu būdu, tik nuspręsdamas juos pripažinti. Ryšys, kurį mes pripažįstame esant tarp bendruomeninio įsipareigojimo ir pasirinkimo, yra kur kas sudėtingesnis ir veikiau laipsnio dalykas, kuris įvairuoja kiekvienos bendruomeninės asociacijos atveju. Net tos asociacijos, kurias mes laikome apskritai konsensiškomis, tokios kaip draugystė, nėra sukuriamos vienu valingo kontraktinio įsipareigojimo aktu, tokiu būdu, kokiu įstojama į klubą, o išsirutulioja apsisprendimų ir įvykių procese, įvykių, kurie skyrium niekuomet nėra suprantami kaip toks įsipareigojimo aktas.

Mes turime draugų, kuriems esame įsipareigoję dėl to, kad esame siejami bendros istorijos, tačiau netikęs sumanymas būtų šitai aprašyti kaip įsipareigojimų *prisiėmimo* istoriją. Priešingai: tai yra įvykių ir aktų, kurie ***užtraukia*** pareigas, istorija, ir šios istorijos procese mes netgi retai kada suvokiame įgyją kokį ypatingą statusą. Paprastai žmonės įsisąmonina draugystės įsipareigojimus tik kai kokia nors situacija pareikalauja iš jų gerbti šiuos įsipareigojimus arba kai draugystė juos išvargina ar tampa našta, bet tada jau per vėlu jų atsisakyti nepaminant draugystės. Kitos asociacijos formos, susijusios su ypatingomis prievolėmis – pavyzdžiui, akademinis kolegialumas – palieka dar mažiau erdvės laisvam pasirinkimui: kas nors gali tapti mano kolega, nors aš balsavau prieš jo priėmimą. O tie įsipareigojimai, kurių vieni šeimos nariai turi kitiems, įsipareigojimai, kuriuos daugelis žmonių laiko vienais iš tvirčiausių brolybės įsipareigojimų, numato mažiausiai pasirinkimo.[20]

Todėl asociacinius įsipareigojimus, jeigu mes apskritai pripažįstame juos egzistuojant, turime aiškinti kitokiu būdu, tuo, kurį pateikiau prieš akimirką, aprašydamas, kaip dauguma žmonių apie juos

mąsto. Mes turime pareigą gerbti savo prievoles, nustatomas socialinės praktikos, apibrėžiančios grupes ir narystę susiejančios su ypatingomis prievolėmis, tačiau ši prigimtinė pareiga galioja tik kai yra patenkinamos arba palaikomos tam tikros kitos sąlygos. Iškili vieta tarp tų sąlygų tenka abipusiškumui *(reciprocity)*. Dėl mūsų brolystės brolio atžvilgiu turiu ypatingą atsakomybę, tačiau ji yra jautri tuo laipsniu, kuriuo jis prisiima tokią atsakomybę mano atžvilgiu; mano atsakomybė tiems, kurie teigia, kad mes esame draugai ar mylimieji, ar kaimynai, ar kolegos, ar tautiečiai, lygiai taip pat yra priklausoma nuo abipusiškumo. Tačiau čia privalome būti atidūs: jeigu asociacijos sąvokos yra interpretacinės – jeigu klausimas, ko reikalauja draugystė, tarp draugų gali likti atviras – tai abipusiškumo, kurio mes reikalaujame, negalima redukuoti į kiekvieno pareigą daryti kitam tai, ko, šio manymu, draugystė konkrečiai reikalauja. Tokiu atveju draugystė būtų įmanoma tik tarp žmonių, kurie turėtų vienodą detalią draugystės sampratą, ir automatiškai taptų labiau kontraktiška ir valinga nei ji yra, labiau išankstinio tikrinimo dalykas, tikrinimo, ar jų sampratos pakankamai sutampa, kad leistų jiems būti draugais.[21]

Abipusiškumas, kurio mes reikalaujame iš asociacinės atsakomybės, turi būti abstraktesnis, veikiau tam tikros atsakomybės pripažinimo klausimas, atsakomybės, kuriai išsiaiškinti mums reikia pagalbinių integralumo ir interpretacijos idėjų. Draugai turi atsakomybę traktuoti vienas kitą kaip draugus, o tai reiškia, subjektyviai imant, kad kiekvienas turi veikti vadovaudamasis draugystės samprata, kurią jis pasirengęs pripažinti esant jautrią interpretaciniam testui, atvirą prieštaravimui, jog tai nėra įtikinamas paaiškinimas, ką draugystė reiškia mūsų kultūroje. Draugams ar šeimai, ar kaimynams nereikia detaliai sutarti dėl atsakomybės, susijusios su šiomis organizacijos formomis. Asociaciniai įsipareigojimai gali būti palaikomi tarp žmonių, kurie turi panašią bendro pobūdžio ir abstrakčią nuovoką apie specialias narių teises ir atsakomybę savo ir kito atžvilgiu, nuovoką, kokios rūšies aukos ir kokio masto aukojimosi galima tikėtis vienam iš kito. Galiu manyti, kad draugystė, deramai suprantama, iš manęs reikalauja sulaužyti pažadus, duotus kitiems, kad padėčiau draugui,

kuriam reikia pagalbos, ir aš neatsisakysiu tai padaryti draugui tik dėl to, kad jis nepuoselėja tokio įsitikinimo ir to nedarytų man. Bet laikysiu jį draugu ir jausiu šią pareigą tik jeigu aš tikiu, kad jis jaučia man beveik tokį patį rūpestį, kokį rodau jam aš padėdamas, ir kad jis darytų kokias nors kitokias svarbias aukas man.

Vis dėlto grupės nariai, apskritai imant, turi laikytis tam tikrų pažiūrų į prievoles, kurių jie turi vienas kito atžvilgiu, kad tas prievoles būtų galima laikyti tikromis brolybės pareigomis. Pirma, grupės įsipareigojimus jie turi laikyti *ypatingais,* galiojančiais išskirtinai grupėje, o ne bendro pobūdžio pareigomis, kurios jos narius saisto taip pat kaip asmenis anapus jos. Antra, jie turi pripažinti, kad šios pareigos yra *asmeninės:* kad jos yra kiekvieno nario pareigos kiekvieno kito atžvilgiu, ne tik grupės kaip visumos kokia nors kolektyvine prasme. Mano brolis ar mano kolega gali galvoti, kad jis turi įsipareigojimų šeimos reputacijai arba universitetui, įsipareigojimų, kuriuos tinkamiausiai įvykdys susikoncentruodamas į savo karjerą, ir todėl nesuteikti man pagalbos, kai man jos reikia, ar kompanijos, kai aš jos noriu. Apskritai imant, jis gali būti teisus dėl geriausio savo laiko panaudojimo tų konkrečių bendruomenių bendrosios gerovės požiūriu. Tačiau jo elgesys nesukuria reikalingo pagrindo, įgalinančio mane ir toliau pripažinti brolybės pareigas jo atžvilgiu.

Trečia, nariai turi suprasti šias pareigas kaip kylančias iš bendresnės atsakomybės, kuri saisto kiekvieną iš jų, – *rūpintis* kitų grupės narių gerove; konkrečias prievoles, kurios kyla tik ypatingomis aplinkybėmis, kaip kad prievolė padėti draugui, išgyvenančiam didelius finasinius sunkumus, jie turi traktuoti kaip išvestas iš bendresnės atsakomybės ir ją išreiškiančias, atsakomybės, kuri įvairiais būdais galioja visoje asociacijoje. Komercinė partnerystė ar bendra veikla, suvokiama kaip broliškoji asociacija, šia prasme skiriasi nuo kontraktinių santykių, net ir ilgalaikių. Pirmoji turi savo atskirą gyvenimą: kiekvieno partnerio rūpestis nukreiptas ne tik į detalių susitarimų, dėl kurių sulygta išlaikant pagarbią diatanciją, net ir ilgalaikių, laikymąsi, bet ir į kiekvieną jų bendrame komerciniame gyvenime iškylančią problemą, kurios jis imasi taip, kad parodytų ypatingą rū-

pinimąsi savo partneriu kaip partneriu. Skirtingos asociacijos formos presuponuoja skirtingas bendro pobūdžio rūpesčio rūšis, rūpesčio, kurį, kaip tariama, kiekvienas narys turi kitų atžvilgiu. Esama įvairių rūpesčio lygių – savo partnerio atžvilgiu aš neprivalau veikti taip, tarsi manyčiau jo gerovę esant man tokią pat svarbią kaip mano sūnaus – rūpestis skiriasi ir mastu: mano profesinės sąjungos „brolis" man rūpi visame mūsų bendrame ekonominiame ir gamybiniame gyvenime, tačiau mano rūpestis neapima to, kaip jam sekasi socialiniame gyvenime, kitaip nei mano rūpinimasis savo biologiniu broliu. (Žinoma, mano profesinės sąjungos kolega gali būti ir mano draugas, o tokiu atveju mano bendra atsakomybė jam bus abejopa ir sudėtinga.) Tačiau bendruomeninės praktikos konstituojamų formos ar moduso apibrėžiamos gyvenimo erdvės viduje rūpestis privalo būti bendro pobūdžio ir teikti pamatą konkretesnėms pareigoms.

Ketvirta, nariai turi manyti, kad grupės praktikos puoselėja ne šiaip rūpestį, bet *vienodą* rūpestį visiems nariams. Broliškosios asociacijos šia prasme yra konceptualiai egalitarinės. Jos gali būti struktūruotos, net hierarchiškos tuo būdu, kuriuo yra struktūruota šeima, tačiau ta struktūra ir hierarchija turi išreikšti grupės nuostatą, kad jos vaidmenys ir normos atitinka visų interesus vienodai, kad nė vieno gyvybė nėra svarbesnė už kieno nors kito. Broliškosios organizacijos gali būti kariuomenės, jeigu yra patenkinta ta sąlyga. Tačiau kastinės sistemos, kai kuriuos narius laikančios vidujai mažiau vertus už kitus, nėra broliškos ir neteikia jokių bendruomeninių pareigų.

Taigi turime rūpestingai atskirti „paprastą" *(bare)* bendruomenę, bendruomenę, kuri tenkina genetines ar geografines, ar kitas istorines sąlygas, identifikuojamas socialinės praktikos, kaip bendruomenę, pajėgią konstituoti broliškąją bendruomenę, ir „tikrąją" *(true)* bendruomenę, paprastą bendruomenę, kurios grupinės atsakomybės praktikos tenkina keturias ką tik identifikuotąsias sąlygas. Pareigos, kurioms tikroji bendruomenė teikia galią, yra ypatingos ir individualizuotos ir atspindi visa smelkiantį abipusį rūpinimąsi, atitinkantį racionalią vienodo rūpesčio sampratą. Tai ne psichologinės sąlygos. Nors grupė šias sąlygas retai patenkins ar retai tenkins ilgai,

jeigu jos nariai, apskritai imant, iš tikrųjų nejaus kokio nors emocinio tarpusavio ryšio, pačios sąlygos to nereikalauja. Rūpestis, kurio jos reikalauja, yra grupinių atsakomybės teigimo ir pripažinimo praktikų interpretacinė savybė – šios praktikos turi būti tokios, kad jas priimtų žmonės, pasižymintys deramu rūpestingumo lygiu, – o ne psichologinė kokio nors fiksuoto esamų narių skaičiaus ypatybė. Taigi priešingai prielaidai, kuri atrodė argumentuojanti prieš politinių pareigų prilyginimą asociacinėms pareigoms, asociacinės bendruomenės gali būti didesnės ir anonimiškesnės nei jos galėtų būti, jeigu būtina sąlyga būtų kiekvieno nario meilė visiems kitiems arba net ir kiekvieno pažintis su visais ar žinojimas, kas jie yra.

Tose keturiose sąlygose taip pat nėra nieko, kas prieštarautų mūsų pradinei prielaidai, kad broliškumo pareigos neturi būti visiškai voliuntarios. Jeigu tos sąlygos yra patenkintos, žmonės paprastojoje bendruomenėje turi tikrosios bendruomenės pareigų, nori jie jų ar nenori, nors, žinoma, tos sąlygos nebus patenkintos, jeigu dauguma narių nepripažįsta ir negerbia tų pareigų. Todėl yra labai svarbu laikytis požiūrio, kad tikrosios bendruomenės turi būti sykiu ir paprastosios bendruomenės. Žmonės negali ne savo valia virsti bendruomenės, kuriai jie nepriklauso netgi „paprastai", „garbės" nariais tiesiog dėl to, kad kiti nariai yra nusiteikę juos tokiais laikyti. Aš netapčiau Fidžio piliečiu, jeigu tenykščiai žmonės dėl kokios nors priežasties nuspręstų mane traktuoti kaip vieną iš jų. Nesu ir nepažįstamojo, sėdinčio šalia manęs lėktuve, draugas tiesiog dėl to, kad jis nusprendžia esąs mano draugas.

Konfliktai su teisingumu

Šioje argumentacijos vietoje dera padaryti svarbią išlygą. Net tikrosios bendruomenės, patenkinančios tas kelias ką tik aprašytąsias sąlygas, gali būti neteisingos arba skatinti neteisingumą, taigi produkuoti konfliktą tarp integralumo ir teisiškumo institucijų, kurį jau esame įvairiais būdais pažymėję. Tikri bendruomeniniai įsipareigojimai gali būti neteisingi dviem būdais. Pirma, jie gali būti neteisingi

grupės narių atžvilgiu: vienodo rūpesčio samprata, kurią jie atspindi, nors ir autentiška, gali būti defektyvi. Pavyzdžiui, kokioje nors bendruomenėje gali egzistuoti stipri šeimos organizacijos tradicija, pagal kurią vienodas rūpinimasis dukterimis ir sūnumis reikalauja iš tėvų dukterims taikyti griežtesnę kontrolę nei sūnums.[22] Antra, jie gali būti neteisingi žmonių, kurie nėra grupės nariai, atžvilgiu. Socialinė praktika gali apibrėžti rasinę ar religinę grupę kaip asociacinę, ir ta grupė gali reikalauti iš savo narių diskriminuoti nenarius – socialinėje plotmėje ar priimant į darbą arba apskritai. Jeigu pasekmės tiems, kas yra svetimi grupei, yra labai rimtos, – o jos tokios bus, jeigu diskriminuojanti grupė yra didelė arba stipri grupė didesnės bendruomenės viduje, – tai bus neteisinga.[23] Daugeliu atveju tokios diskriminacijos reikalavimas konfliktuos ne tik su abstraktaus teisingumo pareigomis, kurios grupės narius saisto visų kitų žmonių atžvilgiu, bet ir su asociaciniais įsipareigojimais, kurių jie turi dėl to, kad priklauso didesnėms ar skirtingoms asociacinėms bendruomenėms. Mat jeigu tie, kurie nepriklauso mano rasei ar religijai, yra mano kaimynai arba kolegos, arba (dabar užbėgu už akių argumentui, plėtosimam netrukus) mano bendrapiliečiai, kyla klausimas, ar aš jų atžvilgiu neturiu įsipareigojimų, kylančių iš tų asociacijų, įsipareigojimų, kuriuos ignoruoju iš pagarbos įsipareigojimams, kuriais mane pretenduoja saistyti mano rasinė ar religinė grupė.

Sukdami galvą dėl šių įvairių konfliktų, privalome nepamiršti, kad asociacinė atsakomybė yra interpretacijos objektas ir kad teisingumas vaidins savo įprastą interpretacinį vaidmenį kiekvieno asmens atveju sprendžiant, kokios iš tikrųjų yra jo asociacinės prievolės, deramai suprantant. Jeigu pliki socialinės praktikos faktai neleidžia priimti sprendimo, mano įsitikinimas, kad yra neteisinga, jei tėvai naudoja absoliučią kontrolę savo vaikų atžvilgiu, darys poveikį mano įsitikinimams dėl to, ar šeimos institucija iš tikrųjų turi tą – teisingumo – bruožą, lygiai kaip piliečio nuomonė dėl socialinio rango teisingumo veikia jo pažiūras į pagarbumą bendruomenėje, kurią įsivaizdavome 2-ame skyriuje. Net jeigu vaikų kontroliavimo praktika yra įsigalėjusi ir nekvestionuojama, interpretacinė laikysena gali ją

izoliuoti kaip klaidą, nes tą praktiką smerkia principai, būtini pateisinti visiems kitiems tos institucijos aspektams. Tačiau nėra jokios garantijos, kad interpretacinė laikysena visuomet pateisins kokio nors iš pažiūros neteisingo asociacinės institucijos bruožo neigiamą išskyrimą. Mums gali tekti pripažinti, kad neteisinga kontroliavimo praktika sudaro tam tikros kultūros šeimos papročių esmę arba kad apginti negalima diskriminacija sudaro jos rasinio ir religinio vienijimosi tradicijų šerdį. Tuomet mes įsisąmoninsime kitą galimybę, kurią taip pat pažymėjome anksčiau, kituose kontekstuose. Geriausia interpretacija gali būti didžiai skeptiška: ta, kad joks kompetentingas institucijos paaiškinimas negali neparodyti jos esant iš esmės ir visapusiškai neteisingos ir kad dėl to jos turi būti atsisakyta. Tas, kuris prieina tokią išvadą, neigs, kad praktika iš viso gali nustatyti tikras pareigas. Jis mano, kad pareigas, kurias ji pretenduoja nustatyti, visiškai atšaukia konkuruojantis moralinis principas.

Taigi mūsų asociacinio įsipareigojimo paaiškinimas dabar turi štai kokią gana sudėtingą struktūrą. Socialinės praktikos ir kritinės interpretacijos dalykus jis kombinuoja štai kokiu būdu. Bendruomeninės pareigos klausimas nekyla jokiu kitu atveju išskyrus grupes, kurias praktika apibrėžia kaip turinčias tokias pareigas: asociacinės bendruomenės pirmiausia turi būti paprastos bendruomenės. Tačiau ne kiekviena grupė, įgijusi poziciją per socialinę praktiką, gali būti laikoma asociacine: paprastoji bendruomenė turi patenkinti keturias tikrosios bendruomenės sąlygas, kad jos skelbiamos pareigos taptų tikros. Šioje stadijoje reikalinga interpretacija, nes klausimas, ar praktika patenkina tikrosios bendruomenės sąlygas, priklauso nuo to, kaip dera suprasti praktiką, o tai yra interpretacinis klausimas. Kadangi interpretacija yra iš dalies teisingumo *(justice)* dalykas, šioje stadijoje gali paaiškėti, kad akivaizdžiai neteisingos prievolės iš tikrųjų galiausiai nėra praktikos dalis, nes jas smerkia principai, būtini pateisinti kitoms prievolėms, kurias nustato ta praktika. Tačiau mes negalime tuo kliautis: geriausia įmanoma interpretacija gali parodyti, kad neteisingieji praktikos bruožai dera su jos struktūros visuma. Tuomet, nors prievolės, kurias ji nustato, yra *prima facie* tikros, kyla

klausimas, ar neteisingumas yra toks didelis ir gilus, kad panaikina tas pareigas. Tai yra viena iš galimybių, ir labiausiai tikėtini kandidatai į tokios situacijos pavyzdžius yra rasinės vienovės bei diskriminacijos praktikos. Tačiau kartais neteisingumas nebus toks didelis; tuomet kyla dilemos, nes neteisingos prievolės, kurias sukuria praktika, nėra visiškai anuliuojamos.

Šią sudėtingą struktūrą galiu iliustruoti išplėsdamas jau naudotą pavyzdį. Ar duktė turi pareigą paklusti savo tėvo norams tose kultūrose, kurios teikia tėvams galią parinkti porą dukteriai, bet nenumato tokios galios sūnaus atžvilgiu? Pirmiausia klausiame, ar yra patenkintos keturios sąlygos, kurios paprastą šeimos instituciją – ta forma, kurią ji ten yra įgijusi, – transformuoja į tikrąją bendriją, o tai kelia nemažai interpretacinių klausimų, kurių atsakymuose figūruos mūsų įsitikinimai apie teisingumą. Ar ta kultūra iš tikrųjų pripažįsta, kad moterys yra tokios pat svarbios kaip vyrai? Ar tą ypatingą tėviškąją galią dukterų atžvilgiu ji supranta kaip tikrai atitinkančią dukters interesą? Jei ne, jei diskriminuojamas elgesys su dukterimis yra pagrįstas kokia nors bendresne prielaida, anot kurios, jos yra mažiau vertos nei sūnūs, asociacija nėra tikra ir iš jos kylančios pareigos, kad ir kokio pobūdžio, nėra išskirtinai asociacinės. Tačiau jeigu kultūra pripažįsta lyčių lygybę, diskriminacija dukterų atžvilgiu gali būti tokia nesuderinama su šeimos institucijos visuma, kad ji gali būti suprantama kaip jos vidinė klaida, – taigi ne kaip realus reikalavimas, – nors institucija yra pripažįstama. Tuomet dėl šios priežasties konflikto nebelieka.

Tačiau tarkime, jog kultūra pripažįsta lyčių lygybę, tačiau joje ne iš blogos valios laikomasi nuomonės, kad vienodas rūpestis reikalauja paternalistinės globos moterims visose šeimos gyvenimo srityse ir kad tėviškoji dukters vedybų kontrolė dera su šeimos institucijos visuma. Jeigu ta institucija kitais atžvilgiais yra rimtai neteisinga – pavyzdžiui, jeigu ji verčia šeimos narius daryti nusikaltimus dėl šeimos interesų, – mes manysime, kad ji negali būti pateisinta jokiu būdu, kuris rekomenduotų ją išlaikyti. Mūsų laikysena visiškai skeptiška, ir mes vėl neigiame esant bet kokias tikras asociacines prievoles, tai-

gi neigiame esant kokį nors konfliktą. Tačiau tarkime, kad institucijos paternalizmas yra vienintelis bruožas, kurį esame nusiteikę suvokti kaip neteisingą. Tada konfliktas yra tikras. Visos kitos šeimos narystės prievolės išlieka kaip tikros prievolės. Tai pasakytina ir apie dukters prievolę paklusti tėvų sprendimui dėl vedybų, tačiau ši prievolė gali būti atmesta apeliuojant į laisvę ar kokias kitas teises kaip pagrindą. Šis skirtumas svarbus: šioje pasakojimo versijoje duktė, ištekanti prieš savo tėvo valią, turi dėl ko apgailestauti. Ji lieka jam skolinga mažų mažiausiai pasiaiškinimą, o galbūt ir atsiprašymą, taip pat visaip kitaip turėtų siekti išlaikyti savo kaip bendruomenės, kurią ji šiaip privalo gerbti, narės statusą.

Asociacinės prievolės struktūrai ir pobūdžiui bei jos konflikto su kitomis pareigomis ir teisėmis situacijoms skyriau tiek daug dėmesio todėl, kad mano tikslas yra parodyti, kaip politinės prievolės gali būti suprantamos kaip asociacinės, o tai gali būti įtikinama tik jeigu bendra asociacinių prievolių struktūra leidžia paaiškinti tas sąlygas, kurias mes jaučiame esant būtinas patenkinti, kad atsirastų politinė pareiga, bei aplinkybes, kurias, kaip mes manome, turi arba paneigti, arba parodyti, kad esama konflikto tarp jos ir kitų rūšių pareigų. Svarstyme, kurio išvadas ką tik padarėme, ataidi mūsų pirmasis svarstymas, 3-iame skyriuje, apie konflikto, kurį piliečiai ir teisėjai galėtų įžvelgti tarp jų bendruomenės teisės ir abstraktesnio teisingumo, rūšis. Ten naudojome beveik tą pačią struktūrą ir daugelį tų pačių perskyrų atskirti moraliniams ir teisiniams klausimams, kuriuos provokuoja teisė sugedusiose vietose. Šis aidas remia mūsų dabartinę hipotezę, kad politinė pareiga – įskaitant pareigą paklusti teisei – yra asociacinės pareigos forma. Mūsų pateikta konflikto asociacinės pareigos viduje studija yra svarbi ir atsakant į prieštaravimą tai hipotezei, prieštaravimą, kurį aš glaustai paminėjau anksčiau. Tas prieštaravimas priekaištauja, kad politinės pareigos kaip asociacinės pareigos traktavimas remia ne tokius patrauklius nacionalizmo aspektus, įskaitant jo beatodairišką pritarimą karui apeliuojantį nacionalinį interesą. Dabar galime atsakyti, kad geriausia mūsiškių politinių praktikų interpretacija neturi nieko bendra su šia ypatybe, kuri ir šiaip

eksplicitiškai nebepalaikoma net ir paprastosios praktikos. Tada ir ten, kur ji yra palaikoma, bet koks konfliktas tarp karingo nacionalizmo ir teisingumo standartų turi būti sprendžiamas antrojo naudai. Nė vienas iš šių teiginių nekelia pavojaus sveikesniems nacionalinės bendruomenės idealams ir specialioms pareigoms, šių remiamoms, kurias mes dabar ketiname apsvarstyti.

BROLYBĖ IR POLITINĖ BENDRUOMENĖ

Pagaliau mes galime savo hipotezę apsvarstyti tiesiogiai: hipotezės, kad geriausių argumentų politiniam legitimumui – politinės bendruomenės teisės traktuoti savo narius kaip turinčius pareigas kolektyvinių bendruomenės sprendimų dėka – apginti reikia ieškoti ne keblioje teisingumo sutarčių ar pareigų, ar sąžiningo žaidimo įsipareigojimų, kurie galėtų turėti galią tarp nepažįstamų, sferoje, kur filosofai iki šiol vylėsi ją surasti, o daug derlesnėje broliškumo, bendruomenės ir su jais susijusių pareigų dirvoje. Politinė asociacija, tokia kaip šeima arba draugystė bei kitos lokalesnės ir intymesnės asociacijos formos, pati savaime turi pareigos krūvį. Šiam teiginiui neprieštarauja tai, kad dauguma žmonių nepasirenka savo politinių bendruomenių, bet gimsta jose arba atgabenami ten vaikystėje. Jeigu įprastas broliškąsias bendruomenes mes išskirstome į spektrą nuo visiškai savanoriško narystės pasirinkimo iki nepasirenkamos narystės, politinės bendruomenės atsiduria maždaug centre. Politiniai įsipareigojimai yra ne tokie nevoliuntarūs kaip daugelis šeimos įsipareigojimų, nes politinės bendruomenės leidžia žmonėms emigruoti, ir nors praktinė šio pasirinkimo vertė dažnai yra labai menka, pats pasirinkimas yra svarbu – tai suprantame, kai mąstome apie tironijas, kurios jį atima. Taigi žmonės, kurie yra paprastųjų politinių bendruomenių nariai, turi politines pareigas su sąlyga, jog yra patenkintos kitos, politinei bendruomenei deramai apibrėžtos, sąlygos, būtinos broliškumo įsipareigojimams.

Todėl turime paklausti, koks šių sąlygų aiškinimas yra tinkamas politinei bendruomenei, bet pirma turime stabtelėti, kad apsvarsty-

tume štai kokį priekaištą šiam legitimumo problemos „sprendimui". „Šitaip problema ne išsprendžiama, o apeinama neigiant, kad apskritai esama kokios nors problemos." Šiame priekaište esama teisybės, bet nepakankamai, kad jis galėtų mums čia pakenkti. Naujasis požiūris išties legitimumo problematiką perkelia kitur ir šitaip tikisi pakeisti argumentacijos pobūdį. Tų, kurie kvestionuoja pačią politinio legitimumo galimybę, jis prašo išplėsti kritiką ir arba paneigti bet kokias asociacines pareigas, arba parodyti, kodėl politinės pareigos negali būti asociacinės. Tų, kurie gina legitimumą, jis prašo patikrinti savo teiginius naujame ir išplėstame argumentacijos lauke. Bet kurios iš šių orientacijų politinius filosofus jis kviečia apsvarstyti, kokia turi būti paprasta politinė bendruomenė, kad galėtų pretenduoti būti tikrąja bendruomene, kurioje yra visos sąlygos bendruomeninėms pareigoms.

Mums nesunku politinėje praktikoje aptikti paprastosios bendruomenės sąlygas. Žmonės nesutaria dėl politinių bendruomenių ribų, ypač kolonijos sąlygomis arba kai dėl esamų nesutarimų tarp tautų ignoruojamos svarbios istorinės, etninės ar religinės tapatybės. Tačiau tai galima traktuoti kaip interpretacijos problemas, ir bet kuriuo atveju jų nekyla tose šalyse, kurios čia yra mūsų pagrindinio intereso objektas. Didžiosios Britanijos ribas[24] ir kelių Jungtinių Valstijų valstijų ribas praktika apibrėžia pakankamai aiškiai, kad šios tiktų būti paprastosiomis politinėmis bendruomenėmis. Tai jau esame pažymėję: pažymėjome, kad mūsų labiausiai paplitę politiniai įsitikinimai taria, jog šių bendruomenių pareigūnai turi ypatingas prievoles savo apibrėžtose bendruomenėse ir jų atžvilgiu.[25] Mums taip pat nesunku aprašyti pagrindines pareigas, siejamas su politinėmis bendruomenėmis. Centrinė pareiga yra bendro pobūdžio ištikimybės teisei pareiga, pareiga, kuri politinei filosofijai atrodė tokia problemiška. Taigi mūsų pagrindinis interesas yra keturios sąlygos, kurias mes identifikavome. Kokią formą jos turėtų politinėje bendruomenėje? Kokia turi būti politika, kad paprasta politinė visuomenė taptų tikruoju broliškuoju asociacijos modusu?

Trys bendruomenės modeliai

Politinę visuomenę galime įsivaizduoti kaip asociacinę bendruomenę tik dėl to, kad mūsų įprastinės politinės laikysenos atrodo tenkinančios pirmąją iš mūsų keturių sąlygų. Mes manome, kad turime ypatingų interesų ir įsipareigojimų kitų mūsų nacijos narių atžvilgiu. Amerikiečiai savo politines apeliacijas, savo reikalavimus, vizijas ir idealus adresuoja visų pirma kitiems amerikiečiams, britai – kitiems britams, ir taip toliau. Bendruomenę traktuojame kaip svarbesnę už teisiškumą ir teisingumą ta prasme, kad teisiškumo ir teisingumo klausimus suvokiame kaip klausimus apie tai, kas būtų teisinga ar teisiška tam tikrai politinei grupei. Šiuo būdu politines bendruomenes traktuojame kaip tikras asociacines bendruomenes. Kokios tolesnės prielaidos dėl pareigų ir atsakomybės, kylančios iš pilietybės, galėtų pateisinti tą nuostatą, patenkindamos kitas tikrosios asociacinės bendruomenės sąlygas? Tai ne aprašomosios sociologijos klausimas, nors ši disciplina galėtų būti naudinga atsakant į jį. Kitaip tariant, mums rūpi ne empirinis klausimas, kokios nuostatos ar institucijos, ar tradicijos yra reikalingos sukurti ir išsaugoti politiniam stabilumui, bet interpretacinis klausimas, kokio pobūdžio visuotinį rūpestingumą ir atsakomybę turi įkūnyti mūsų politinės praktikos, kad pateisintų tikro bendruomeniškumo *(communality)* prielaidą, kurią mes atrodome darą.

Bendruomenės politinės praktikos galėtų siekti įkūnyti vieną iš trijų bendrų politinės asociacijos modelių. Kiekvienas iš šių modelių aprašo nuostatas, kurių vienas kito atžvilgiu savimoningai laikytųsi politinės bendruomenės nariai, jeigu laikytųsi tos pažiūros į bendruomenę, kurią išreiškia tas modelis. Pirmasis taria, kad bendruomenės nariai savo asociaciją traktuoja, be kitų dalykų, tik kaip *de facto* atsitiktinį istorijos ir geografijos nutikimą, taigi išvis ne kaip tikrą asociacinę bendruomenę. Žmonės, kurie apie savo bendruomenę galvoja šiuo būdu, nebūtinai tuos kitus traktuoja tik kaip priemones savo asmeniniams tikslams. Tai viena iš galimybių: įsivaizduokime, kad du nepažįstami žmonės iš tautų, kurios niekina viena

kitos moralę ir religiją, po jūros mūšio tarp tų šalių yra nubloškiami į negyvenamą salą. Tiedu nepažįstami žmonės iš pradžių susiduria tik dėl atsitiktinių aplinkybių ir dėl nieko daugiau. Kiekvienam gali reikėti antrojo ir dėl tos priežasties kiekvienas gali susilaikyti nuo kito nužudymo. Jie gali suderėti dėl tam tikro darbo pasidalijimo ir kiekvienas gali laikytis susitarimo tol, kol mano, kad taip daryti jam naudinga, tačiau ne ilgiau, arba jo laikytis dėl kokios kitos priežasties. Tačiau esama kitokių *de facto* asociacijos galimybių. Savo politinę bendruomenę žmonės gali suvokti kaip tiesiog *de facto* bendruomenę ne dėl to, kad yra egoistiški, bet todėl, kad aistringai tiki visuotiniu teisingumu ir todėl gali nematyti skirtumo tarp savo bendruomenės ir kitų bendruomenių. Politinis pareigūnas, besilaikąs tokios pažiūros, apie savo piliečius galvos kaip apie žmones, kuriems jis pajėgus padėti, nes turi specialių priemonių – savo posto teikiamų priemonių – jiems padėti, priemonių, kurių, deja, neturi padėti kitoms grupėms. Ne kokia kita prasme jis savo prievoles savo bendruomenei manys esant ypatingas, taigi iš principo ne didesnes. Tad kai jis gali patobulinti teisingumą apskritai savo piliečių interesų sąskaita, jis manys, jog taip daryti teisinga.

Antrąjį bendruomenės modelį vadinu „kodekso" modeliu *(„rule-book" model)*. Anot jo, kad politinės bendruomenės nariai pripažįsta bendro pobūdžio pareigą paklusti normoms, nustatytoms tam tikru būdu, kuris yra ypatingas tai bendruomenei. Įsivaizduokite savais interesais besivadovaujančius, bet visiškai padorius žmones, kurie yra varžovai žaidime su fiksuotomis taisyklėmis arba smulkaus ir trumpalaikio komercinio susitarimo šalys. Paklusti taisyklėms, kurias jie pripažino arba dėl kurių suderėjo, jiems yra pareigos dalykas, o ne vien strateginių sumetimų dalykas, tačiau jie taria, kad jų pareigą išsamiai apibrėžia tų normų turinys. Tų normų jie nesuvokia kaip sulygtų vadovaujantis pareiga visuotiniams grindžiamiesiems principams, kurie ir toliau yra pareigos šaltinis; priešingai, jie šias normas mano reprezentuojant kompromisą tarp antagonistinių interesų ar požiūrių. Jeigu normos yra specialių derybų produktas, kaip sutarties atveju, kiekviena pusė bus mėginusi kiek įmanoma mažiau nusi-

leisti mainais į kiek įmanoma didesnę naudą, todėl būtų nesąžininga, o ne šiaip klaidinga, jei bet kuris iš jų teigtų, kad jų sutarimas numato ką nors, dėl ko nėra tiksliai sutarta.

Konvencionalisto teisės koncepcija, kurią svarstėme 4-ame skyriuje, yra natūrali šio kodekso bendruomenės modelio pora. Konvencionalizmas pritaikytas žmonėms, iš kurių kiekvienas mėgina tvirtinti savo subalansuoto teisiškumo ir teisingumo santykio sampratos pozicijas derybomis ir kompromisais, reguliuojamais vienintelio visa pranokstančio reikalavimo: kad kai kompromisas yra pasiekiamas deramu būdu, normos, kurios sudaro jo turinį, būtų gerbiamos, kol jas pakeis naujas kompromisas. Konvencionalistinė filosofija, suporuota su kodekso bendruomenės modeliu, pripažins mūsų „šaškių lentos" įstatymų vidinius kompromisus kaip derybomis pasiektus kompromisus, kuriuos privalu gerbti lygiai taip pat kaip bet kokį kitą sandėrį. Pirmieji du bendruomenės modeliai – bendruomenės kaip susiklosčiusių aplinkybių dalyko ir bendruomenės kaip normų dalyko – sutartinai atmeta vienintelį pamatą, kuriuo galėtume remtis oponuodami „šaškių lentos" kompromisams, būtent – integralumo idėją: jog principus, kurie yra būtini pateisinti vienai teisės daliai, bendruomenė privalo lygiai taip pat gerbti ir kitose dalyse.

Trečiasis bendruomenės modelis yra principo modelis. Jis sutinka su kodekso modelio nuostata, kad politinė bendruomenė reikalauja bendro supratimo pagrindo, tačiau laikosi dosnesnės ir platesnės pažiūros, kas yra tas supratimas. Jis tvirtina, kad žmonės tik tuomet yra tikrosios politinės bendruomenės nariai, bei pripažįsta, jog jų likimai yra labai susiję štai kokiu būdu: jie pripažįsta, kad juos valdo visuotiniai principai, ne tik normos, dėl kurių sulygta politinio kompromiso dėka. Tokiems žmonėms politika turi kitokį pobūdį. Tai yra debatų dėl to, kokius principus bendruomenė turėtų priimti kaip sistema, scena, debatų dėl to, kokios pažiūros į teisiškumą, teisingumą ir deramą procesą ji turėtų laikytis, o ne – kaip pasakoja kita istorija, pritinkanti kitiems modeliams, – tokia sritis, kur kiekvienas asmuo, nešinas savo įsitikinimų vėliava, mėgina paveržti kuo daugiau galios ar normų. Principo visuomenės nariai pripažįsta, kad

jų politinių teisių ir pareigų neišsemia konkretūs sprendimai, kuriuos priėmė jų politinės institucijos, o, bendriau pažvelgus, priklauso nuo principų schemos, kurią tie sprendimai presuponuoja ir patvirtina. Taigi kiekvienas narys pripažįsta, kad kiti turi teises ir kad jis turi pareigas, kylančias iš tos schemos, nors jos niekuomet nebuvo formaliai identifikuotos arba paskelbtos. Taip pat jis nemano, kad šios tolesnės teisės ir pareigos priklauso nuo jo nuoširdaus pritarimo tai schemai; šios pareigos kyla iš istorinio fakto, kad jo bendruomenė priėmė tą schemą, kuri tad yra jai ypatinga, o ne iš prielaidos, kad jis būtų ją pasirinkęs, jeigu rinktis turėtų tik jis pats. Žodžiu, politinį integralumą kiekvienas pripažįsta kaip savarankišką politinį idealą, o to idealo bendrą pripažinimą – net tarp žmonių, kurie šiaip nesutaria dėl politinės moralės, – traktuoja kaip konstitutyvų politinei bendruomenei.

Dabar turime deramai parengtą (ar veikiau įvaldytą) sceną lemiamos reikšmės klausimui. Kiekvienas iš šių trijų bendruomenės modelių aprašo bendrą poziciją, kurios vienas kito atžvilgiu laikosi politinės bendruomenės nariai. Ar politinės praktikos, įkūnijančios vieną ar kitą iš šių nuostatų, patenkintų tikrosios asociacinės bendruomenės sąlygas, kurias mes identifikavome? Mums nėra reikalo ilgiau sustoti prie *de facto* susiklosčiusių aplinkybių modelio. Jis pažeidžia net pirmąją sąlygą: jis nieko nepriduria – kokios nors ypatingos rūpestingos nuostatos prasme – prie tų aplinkybių, kurios apibrėžia paprastąją politinę bendruomenę. Jis pripažįsta egzistuojant tik tokią žmonių bendriją, kurioje žmonės vienas kitu suinteresuoti vien tik kaip priemonėmis savo pačių savanaudiškiems tikslams siekti. Net kai šią formą turi nesavanaudiškų žmonių bendruomenė, kur žmonės savo veiksmais siekia tik užtikrinti teisiškumą ir teisingumą pasaulyje, kaip jie supranta šias dorybes, tie žmonės specialiai nesirūpina kitais savo bendruomenės nariais teisiškumo ir teisingumo atžvilgiu. (Išties, kadangi jų vienintelis rūpestis yra abstraktus teisingumas, kuris savo pobūdžiu yra universalistinis, jie negali turėti jokio pagrindo ypatingam rūpesčiui.)

Kodekso bendruomenės modelis gali atrodyti viltingesnis. Mat jos nariai rodo ypatingą pagarbą vienas kitam, šalia kiekvieno bend-

ro rūpesčio, kad teisingumas būtų vykdomas jam priimtinu būdu, – ypatingą rūpestį, kad kiekvienas kitas asmuo gautų visą naudą iš visų tų politinių sprendimų, kurie iš tikrųjų yra priimti esamos politinės organizacijos sąlygomis. Kad patenkintų antrąją sąlygą, tas rūpestis būtinai turi būti individualizuoto pobūdžio: tai kiekvieno nepriklausomo asmens tiesioginis rūpestis, nukreiptas į kiekvieną kitą. Tačiau jis negali patenkinti trečiosios sąlygos, nes tas jo demonstruojamas rūpestis yra pernelyg seklus ir nuosaikus, kad jį būtų galima laikyti visa smelkiančiu, išties – kad apskritai būtų galima laikyti tikru rūpesčiu. Žmonės kodekso visuomenėje yra laisvi politikoje veikti beveik taip pat savanaudiškai, kaip gali žmonės susiklosčiusių aplinkybių bendruomenėje. Kiekvienas gali naudoti esamą politinę mašineriją savo interesų ar idealų pozicijoms tvirtinti. Tiesa, kai ta mašinerija generuoja konkretų sprendimą teisės normos ar teisėjo sprendimo forma, jie pripažins ypatingąją prievolę užtikrinti to sprendimo taikymą kiekvienam, kuriam tomis aplinkybėmis jis teikia naudą. Tačiau tas įsipareigojimas yra pernelyg formalus, pernelyg atsietas nuo aktualių, jo palaikomų, aplinkybių, kad būtų laikomas įkūnijančiu ką nors panašaus į tikrą rūpestį, štai kodėl kaip broliškumo raiška jis skamba tuščiai. Jis pernelyg vėlai įsiterpia į politinį procesą; jis įgalina lemiamos reikšmės legislatyvinėje stadijoje veikti nesaistomam jokios atsakomybės ar jokio rūpesčio tų atžvilgiu, kuriuos jis pretenduoja laikyti broliais tuomet, kai visokia galima nauda jau yra užtikrinta jų sąskaita. Įprastoji sąžiningo žaidimo argumento versija – „štai taisyklės, iš kurių jūs turėjote ir turite naudos, ir jūs privalote žaisti pagal jas“ – itin tinka kodekso visuomenei, kuri politiką laiko, kaip sakiau, savotišku žaidimu. Tačiau ši versija yra pati pažeidžiamiausia to argumento versija visų tų prieštaravimų, kuriuos pažymėjome pradėdami, požiūriu.

Principo modelis patenkina visas mūsų sąlygas, bent jau tiek, kiek iš viso koks nors modelis gali morališkai pliuralistinėje visuomenėje. Pilietybės pareigas jis daro ypatingas: kiekvienas pilietis gerbia teisingumo ir teisiškumo principus, įkūnijamus esamų jo konkrečios bendruomenės politinių formų, kurios gali skirtis nuo kitų bendruo-

menių, nesvarbu ar šiuos principus jis mano esant geriausius utopiniu požiūriu. Šis modelis pareigas daro visiškai asmenines: jis įsako, jog niekas neturi likti už borto, kad, laimei ar nelaimei, politikoje esame visi už vieną, kad nė vieno negalima aukoti teisingumo žygio labui apskritai – kaip negalima mūšio lauke palikti sužeistojo. Rūpestis, kurį jis išreiškia, – ne seklus, kaip krokodiliškas kodekso modelio rūpestis, o tikras ir visa smelkiantis. Tai rūpestis, pasitinkantis politikos procesą pačioje pradžioje ir išliekantis tiek teisėkūros etapu, tiek bylų sprendimo ir teisės įgyvendinimo etapais. Kiekvieno nario politiniai aktai visomis progomis – argumentuojant, kokios turėtų būti normos, taip pat – kaip jos turi būti įgyvendinamos, – išreiškia gilų ir nuotolinį įsipareigojimą, diktuojantį aukojimąsi, ne tik pralaimėjusių, bet ir galinguosius, kurie gautų naudos iš įsiteikinėjimo visiems ir „šaškių lentos" sprendimų, kuriuos integralumas draudžia. Šio modelio logika orientuota į lygybę ta prasme, kuria jos reikalauja mūsų ketvirtoji sąlyga: jo integralumo komanda numato, kad kiekvienas asmuo yra toks pat vertingas kaip ir kiekvienas kitas, kad kiekvienas turi būti traktuojamas su vienodu rūpesčiu, laikantis kokios nors nuoseklios sampratos, ką tai reiškia. Asociacija principo pagrindu nėra automatiškai teisinga bendruomenė; jos vienodo rūpesčio samprata gali būti defektyvi arba ji gali pažeisti savo piliečių arba kitų tautų piliečių teises tuo būdu, kuriuo, kaip mes ką tik matėme, jas galėtų pažeisti bet kokia tikra asociacinė bendruomenė. Tačiau principo modelis tikrosios bendruomenės sąlygas patenkina geriau negu bet koks kitas modelis, kurį gali priimti žmonės, nesutariantys dėl teisiškumo ir teisingumo.

Taigi štai mūsų argumentacija už integralumą, mūsų motyvacija siekti pagal galimybes suprasti tiek jos legislatyvinius, tiek bylų sprendimo principus, gyvuojančius mūsų politiniame gyvenime. Principo bendruomenė pripažįsta integralumą. Ji smerkia „šaškių lentos" įstatymus ir ne tokius dramatiškus to idealo pažeidimus kaip pažeidžiančius asociacinį jos giliosios organizacijos pobūdį. Vidiniu kompromisu pagrįstų įstatymų neįmanoma suprasti kaip kylančių iš kokios nors koherentiškos principo schemos; priešingai, jie tarnauja su prin-

cipo bendruomenės principais nesuderinamam kodekso bendruomenės siekiui rasti įsitikinimų kompromisą pagal galios proporciją. Jie ne patvirtina, o prieštarauja įsipareigojimui, kuris yra būtinas, kad stambi ir marga politinė visuomenė būtų tikroji, o ne paprastoji visuomenė – pažadui, kad apskritai teisė bus priimama, keičiama, plėtojama ir interpretuojama principingu būdu. Šiam pažadui ištikima principo bendruomenė gali pretenduoti į tikrosios asociacinės bendruomenės autoritetą, taigi gali pretenduoti į moralinį legitimumą – į tai, kad jos kolektyviniai sprendimai yra pareigos dalykas, o ne plikos galios reikalas, – apeliuodama į broliškumą. Šias pretenzijas gali žlugdyti tai, kad net tikrieji asociaciniai įsipareigojimai gali konfliktuoti su teisingumo reikalavimais, – ir kartais jiems turi nusileisti. Tačiau bet kokios kitos formos bendruomenė, kurios pareigūnai atmeta tą pareigą, nuo pat pradžių sugriaus bet kokią pretenziją į legitimumą pagal brolybės idealą.

Bendruomenės modeliai, naudojami šiame argumente, yra idealieji keliomis prasmėmis. Mes negalime tarti, kad dauguma žmonių mūsiškėse politinėse bendruomenėse savimoningai pritaria bet kurio iš jų nuostatoms. Aš juos sukonstravau tam, kad galėtume nuspręsti, kurias nuostatas turėtume pamėginti interpretuoti kaip įkūnijamas mūsų politinių praktikų, o tai yra kitas dalykas, ir šis pratimas leidžia padaryti štai kokią išvadą. Jeigu savo praktikas galime suprasti kaip derančias su principo modeliu, mūsų institucijų legitimumą ir politines pareigas, kurias jos prisiima, galime pagrįsti kaip broliškumo dalyką, ir tuomet mes turėtume siekti tobulinti savo institucijas ta linkme. Verta pabrėžti, kad niekas šiame argumentavime nesugestijuoja, kad nacionalinės valstybės ar net mažesnės politinės bendruomenės piliečiai jaučia arba turėtų jausti vienas kitam kokią nors emociją, kurią būtų prasminga vadinti meile. Kai kurios idealiosios bendruomenės teorijos skatina tikėti, kad tai įmanoma: jos ilgisi visuomenės, kur kiekvieno piliečio emocijos visų kitų atžvilgiu būtų tokios pat intensyvios ir sąlygojančios tokią pat asmeninę sąlieją kaip ir mylimųjų arba pačių intymiausių draugų arba kits kitam labai atsidėjusių šeimos narių atžvilgiu.[26] Žinoma, negalėtume bet

kokios politinės bendruomenės politikos interpretuoti kaip išreiškiančios tokį rūpestingumo lygį, be to, šis idealas ne toks ir patrauklus. Visuotinis asmeniškumo ir autonomijos atsisakymas, įsivaizduojamas tame ideale, paliktų žmonėms pernelyg mažai erdvės gyventi savą gyvenimą, o ne būti vedamiems per gyvenimą; tai sugriautų tas emocijas, kurias tas idealas garbina. Mūsų gyvenimų turtingumą sudaro tai, kad mes gyvename sudėtingose daugiasluoksnėse ir įvairaus pobūdžio bendruomenėse. Jeigu savo mylimųjų ar draugų, ar kolegų atžvilgiu nejaustume nieko kita, išskyrus tokį patį – kad ir patį intensyviausią įmanomą – rūpestį, kokį galime jausti visų kitų bendrapiliečių atžvilgiu, – tai reikštų meilės pabaigą, o ne universalią meilę.

Reziumė

Laikas supinti ilgo argumentavimo gijas. Šiame skyriuje teigiama, kad bet kokia sėkminga konstruktyvi mūsų politinių praktikų kaip visumos interpretacija pripažįsta integralumą kaip savarankišką politinį idealą, kuris kartais reikalauja kompromiso su kitais idealais. Kadangi tai – interpretacinis teiginys, jį dera vertinti pagal dvi dimensijas. Integralumas kaip politinis idealas atitinka – ir paaiškina – tokius mūsų konstitucinės struktūros ir praktikos bruožus, kurie šiaip yra sunkiai paaiškinami. Taigi jo kaip išsamios sėkmingos šių praktikų interpretacijos sando pozicija priklauso nuo to, ar jų interpretavimas šiuo būdu padeda jas parodyti palankesnėje šviesoje. Mes pažymėjome įvairius motyvus, ir praktinius, ir susijusius su išraiška, kurie galėtų būti pagrindas bendruomenei pripažinti integralumą kaip politinę dorybę. Aš pabrėžiau vieną iš šių motyvų, sukonstruodamas ir supriešindamas tris bendruomenės modelius. Argumentavau, kad principo bendruomenė, kuri integralumą laiko svarbiausiu politikai, teikia geresnę politinio legitimumo gynybą nei kiti modeliai. Politines pareigas ji priskiria bendrai asociacinių pareigų klasei ir jas šitaip paremia. Ši gynyba tokioje bendruomenėje įmanoma dėl to, kad bendras įsipareigojimas integralumui išreiškia kiekvieno rūpinimąsi vi-

sais, kuris yra pakankamai specialus, asmeninis, visa smelkiantis ir egalitarinis, kad pagrįstų bendruomenines pareigas pagal bendruomenės pareigos standartus, kurių mes laikomės kitur.

Nei šis argumentas, nei kiti, kuriuos pažymėjome glausčiau, neteikia jokio vienareikšmiško argumento už integralumą pirmųjų politinės moralės principų pagrindu. Pačioje pradžioje pripažinau, kad integralumas neturėtų jokio atskiro vaidmens bendruomenėje, kurią visi jos nariai suprastų kaip tobulai teisišką ir teisingą. Aš ginu mūsiškės politinės kultūros, o ne abstrakčios ir belaikės politinės moralės interpretaciją; teigiu tik tai, kad argumentai už integralumą yra stiprūs pagal antrąją, politinę interpretacijos dimensiją, o tai sutvirtina jos rimtas pretenzijas tenkinti pirmąją – dermės – dimensiją.

PADRIKOS BAIGIAMOSIOS PASTABOS

Artimiausiuose keliuose skyriuose mes nagrinėsime siauresnį ir labiau fokusuotą teiginį: kad integralumas yra raktas, atveriantis konstruktyvinę mūsų savitų teisinių praktikų interpretaciją, ir konkrečiai – būdo, kuriuo mūsų teisėjai sprendžia sunkiąsias teisės bylas, interpretaciją. Aš argumentuosiu, kad teisės kaip integralios visumos samprata teikia geresnę teisinės praktikos interpretaciją nei kitos dvi sampratos, kurias svarstėme. Tačiau pirma privalau prie mūsų bendro integralumo paaiškinimo pridurti keletą tolesnių minčių, kurių nebūtų buvę įmanoma pažymėti pagrindiniame argumente, nes jos būtų jį sujaukusios. Apgailestauju, kad efektyviausiai šitai galiu padaryti surikiuodamas pastabas nesisteminga sąvado su dviejomis bendromis rubrikomis forma.

Teisėkūra ir bylų sprendimas

Aš neteigiu, kad, pagal mano interpretacinę tezę, mūsų politinės praktikos tobulai įgyvendina integralumą. Aš pripažinau, jog būtų neįmanoma visas atskiras normas ir kitus standartus, išleistus mūsų legislatūrų ir vis dar galiojančius, apibendrinti kokia nors viena vienti-

sa principo schema. Tačiau mūsų įsipareigojimas integralumui reiškia, kad šį faktą privalome nurodyti kaip defektą, o ne kaip pageidautiną teisingo politinės galios padalijimo tarp skirtingų opinijos korpusų rezultatą, ir kad mes privalome siekti ištaisyti tuos principo nenuoseklumus, su kuriais esame priversti susidurti. Net šis silpnesnis teiginys reikalauja tolesnio patikslinimo ar bent paaiškinimo.

Išskyriau dvi integralumo sritis ar formas, įvardydamas du principus: teisėkūros integralumo ir teisėjavimo integralumo. Pirmasis riboja tai, ką mūsų įstatymų leidėjai ir kiti teisės kūrėjai gali, nenusižengdami deramumui, daryti plėsdami ar keisdami mūsų viešuosius standartus. Antrasis iš mūsų teisėjų reikalauja mūsų esamą viešųjų standartų sistemą pagal galimybes traktuoti kaip išreiškiančią ir gerbiančią vientisą principų kompleksą ir tam tikslui interpretuoti šiuos standartus siekiant tarp ir už eksplicitiškų standartų įžvelgti implicitiškus standartus. Integralumas mums yra dorybė šalia teisiškumo ir teisingumo bei deramo proceso, tačiau tai nereiškia, kad bet kuria iš tų dviejų ką tik išskirtų formų integralumas yra būtinai ar visuomet suverenus kitų dorybių atžvilgiu. Legislatūra turėtų vadovautis legislatyvinio integralumo principu, ir tai paaiškina, kodėl ji privalo nepriiminėti „šaškių lentos" įstatymų tiesiog iš rūpesčio dėl teisingumo. Tačiau „šaškių lentos" įstatymai yra pernelyg akį rėžiantis ir lengvai išvengiamas integralumo pažeidimas; iš to nedarytina išvada, kad legislatūra privalo niekada, jokiomis aplinkybėmis nedaryti teisės nenuoseklesnės pagal principą, negu ji jau yra.

Tarkime, jog legislatūra įtikinama, kad esama nelaimingus atsitikimus reguliuojančio įstatymo schema, kuri leidžia žmonėms gauti kompensaciją už defektyvius produktus tik tuo atveju, kai gamintojo būta aplaidaus, yra neteisinga, ir todėl ji pasiūlo priimti griežtos teisinės atsakomybės už defektyvius automobilius schemą. Integralumas reikalaus iš jos nustatyti griežtą teisinę atsakomybę taip pat ir visiems kitiems produktams. Tačiau adekvačiam bendram įstatymui visiems produktams parengti galėtų prireikti labai nemažai teisės kūrėjų laiko, kuris reikalingas kitiems dalykams. Arba tam tikrų produktų gamintojai gali būti stiprus lobistinis veiksnys, darantis tokį

bendrą įstatymą politiškai kol kas neįmanomą. Tokiu atveju legislatūra šio sunkaus pasirinkimo akivaizdoje gal būtų visai teisi, priimdama tik kompensacijos už automobilių defektus įstatymą, kitus produktus pasilikdama kitam kartui ar tolimesnei ateičiai. Integralumas smerkia tokį rezultatą, tačiau teisingumas jį rekomenduoja vietoj jokių pakeitimų nedarymo, o balanso požiūriu – alkanam ir juoda duona skani. Legislatūra pamintų savo bendrą įsipareigojimą integralumui, taigi ir prarastų mūsų propaguojamą argumentą už legitimumą, jeigu ji šitai rinktųsi kiekvienąkart ir net tuomet, jei taip darytų paprastai. Tačiau tai nereiškia, kad jai niekuomet nedera rinktis teisingumo aukojant integralumą.

Bylų sprendimo integralumo principas nėra absoliučiai suverenus ir to, ką gi galiausiai teisėjai turi daryti, atžvilgiu. Šis principas leidžia nustatyti, ką teisėjas turi pripažinti teise. Kitaip tariant, jis yra suverenus teisės pagrindų atžvilgiu, nes nepripažįsta jokios kitos pažiūros į tai, kas „kyla iš" praeities politinių sprendimų. Tačiau 3-iame skyriuje matėme, kad bet kokia teisės pagrindų teorija abstrahuojasi nuo detalių klausimų dėl teisės galios. Teisėjas, kuris pripažįsta integralumą, manys, kad teisė, kurią jis apibrėžia, nustato tikrąsias besibylinėjančiųjų teises į sprendimą, kurį jis turi padaryti. Jie turi teisę – iš principo – į tai, kad jų aktai ir reikalai būtų sprendžiami vadovaujantis geriausia pažiūra į tai, ko teisiniai bendruomenės standartai reikalavo arba ką leido tuo metu, kai jie atliko veiksmus, o integralumas reikalauja, kad šie standartai būtų suprantami kaip koherentiški, kaip valstybė, kalbanti vienu balsu. Tačiau nors šis reikalavimas gerbia politinę deramo procedūrinio proceso dorybę, kuri būtų bent jau *prima facie* pažeista, jeigu žmonių veika būtų vertinama kokių nors kitų standartų pagrindu, o ne teisinių tądien galiojančių standartų, kiti ir stipresni politinės moralės aspektai ypatingomis ir neįprastomis aplinkybėmis galėtų nusverti šį reikalavimą. Jungtinių Valstijų teisė, deramai interpretuojama gerbiant integralumą, tikriausiai apėmė Vergų pabėgėlių aktą *(Fugitive Slave Act)*, priimtą Kongreso dar prieš Pilietinį karą.[27] Jeigu teisėjo teisingumo jausmas smerkė tą aktą kaip didžiai nemoralų, nes tas aktas reikalavo

iš piliečių padėti grąžinti vergus jų šeimininkams, jis būtų turėjęs apsvarstyti, ar jį iš tiesų dera įgyvendinti vergo savininko reikalavimu, ar turėtų meluoti ir sakyti, kad galiausiai teisė to nereikalauja, ar turėtų atsistatydinti. Taigi bylų sprendimo integralumo principas nebūtinai turi paskutinį žodį dėl to, kaip turėtų būti naudojama valstybės prievartinė galia. Tačiau jis turi pirmą žodį, ir paprastai prie to, ką jis sako, nebelieka ką pridurti.

Integralumas ir nuoseklumas

Ar integralumas tėra nuoseklumas (sprendžiant vienodus atvejus vienodai), tik oriau pavadintas? Tai priklauso nuo to, ką turime galvoje, kalbėdami apie nuoseklumą ar panašius dalykus. Jeigu politinė institucija yra nuosekli tik kai paraidžiui, visiškai tiksliai kartoja savo praeities sprendimus, tai integralumas nėra nuoseklumas; tai yra kažkas sykiu daugiau ir mažiau negu nuoseklumas. Integralumas reikalauja, kad viešieji bendruomenės standartai būtų ir kuriami ir suprantami – kiek tai įmanoma – kaip išreiškiantys vieningą koherentišką tarpusavyje subalansuotų teisiškumo ir teisingumo schemą. Institucija, kuri pripažįsta tą idealą, kartais dėl tos priežasties atitrūks nuo siauros praeities sprendimų linijos, siekdama būti ištikima principams, suvokiamiems kaip fundamentalesnė schemos kaip visumos plotmė.

Aiškiausių pavyzdžių teikia bylų sprendimas – parinkau vieną, kuris iliustruoja kol kas tik dalinę integralumo pergalę. Kurį laiką britų teisėjai skelbė, kad nors kitų profesijų nariai yra teisiškai atsakingi už žalą, nulemtą jų neatsargumo, advokatai turi imunitetą tokiai atsakomybei. Nuoseklumas, siaurai suprantant, būtų reikalavęs toliau taikyti šią išimtį, tačiau integralumas smerkia ypatingą advokatų traktavimą, jeigu jo negalima pateisinti pagal principą, o tai neatrodo įmanoma. Dabar Lordų rūmai apribojo tą išskyrimą: tuo mastu jie atidavė pirmenybę integralumui siaurojo nuoseklumo atžvilgiu.[28] Tačiau integralumo reikalavimas nebus patenkintas, kol išskyrimas nebus visiškai panaikintas.

Ši pastaba galėtų padėti numaldyti įtarimą, iki šiol skatintą mūsų svarstymo. Integralumas gali atrodyti pernelyg konservatyvus pamatas teisės sampratai, ypač palyginti su pragmatizmu, jo stipriausiu varžovu. Teisėjas, kuris iš pagarbos integralumui priima sprendimą ponios McLoughlin naudai, nepaisydamas savo nuomonės, kad būtų geriau neleisti emocinės žalos atlyginimo jokiu atveju, atrodo neryžtingas greta savo brolio pragmatisto, kuris nemato jokių kliūčių gerinti teisę gabalėlis po gabalėlio. Tačiau kai perprantame skirtumą tarp integralumo ir siauro nuoseklumo, šis kontrastas tampa sudėtingesnis. Integralumas yra dinamiškesnis ir radikalesnis standartas, nei jis atrodė iš pradžių, nes skatina teisėją žvelgti plačiai ir būti išradingam ieškant dermės su fundamentaliu principu. Kai kuriais atvejais, tokiais kaip McLoughlin, pagal ką tik padarytas prielaidas, teisėjas, kuris laiko integralumą savo modeliu, išties atrodys santūresnis negu pragmatistas. Tačiau kitais atvejais jo sprendimai atrodys radikalesni.

Panagrinėkime, pavyzdžiui, Aukščiausiojo teismo sprendimą *Brown* byloje. Apibendrintam utilitarinio mąstymo tipui būdingas pragmatistinis teisingumas būtų iškėlęs sau klausimą, ar sprendimas ieškovų moksleivių naudai, grindžiamas visos oficialios segregacijos mokyklose nelegalumu, iš tikrųjų yra geriausias ateičiai, atsižvelgiant į viską. Visai įmanoma, jog jis būtų nusprendęs, kad toks sprendimas yra geriausias, tačiau būtų turėjęs apsvarstyti griežtus praktinius argumentus už priešingą alternatyvą. Buvo visiškai logiška galvoti, kad tokia dramatiška didelės šalies dalies socialinės struktūros permaina teismo potvarkiu, teismo, kuris nėra atskaitingas jokiam elektoratui, produkuos neramumus, kurie rasinei lygybei kenks, o ne skatins ją, ir apsunkins švietimą ištisai kartai. Taip pat buvo logiška manyti, kad Teismo potvarkis niekuomet nebus iki galo įvykdytas ir kad dėl šios nesėkmės nukentės Teismo galia ginti mažumas ir įgyvendinti konstitucines teises ateityje.

Net jeigu pragmatistas galiausiai nuspręstų, kad tas sprendimas, kurį galop priėmė Teismas, buvo geriausias, atsižvelgiant į viską, visai galimas dalykas, kad jis būtų susimąstęs prieš radikaliai išplėsda-

mas to sprendimo taikymą, kaip jį netrukus išplėtė Aukščiausiasis teismas paskesniais metais. Praktiniai argumentai prieš juodaodžių vaikų pavežėjimą autobusu į baltųjų mokyklas ir *vice versa* buvo ir lieka labai stiprūs, kaip aiškiai teberodo įtampos ir neapykantos atmosfera keliuose šiauriniuose miestuose. Teisės koncepcija, surėsta ant interpretacinio integralumo principo pamatų, palieka daug mažiau erdvės tokios rūšies praktiniams argumentams, pagrindžiant substantyvias konstitucines teises.[29] Todėl ji yra reiklesnė ir daug radikalesnė tokiomis aplinkybėmis kaip *Brown* bylos, kai ieškovui pavyksta parodyti, kad svarbi dalis to, ką iki šiol manyta esant teise, nedera su fundamentalesniais principais, būtinais pateisinti teisę kaip visumą.

Integralumas yra siauresnis už nuoseklumą taip pat ta prasme, kurią mes jau pažymėjome, tačiau kadangi ji yra pakankamai svarbi, pažymėsime dar kartą. Integralumas yra principo dalykas ir nereikalauja kokio nors paprasto politinės strategijos nuoseklumo.[30] Legislatyvinio integralumo principas reikalauja, kad legislatūra siektų užtikrinti kiekvieno teisę į tai, ką ji laiko jo moralinėmis ir politinėmis teisėmis, kad viešieji standartai įkūnytų koherentišką teisiškumo ir teisingumo schemą. Tačiau legislatūra priima daug sprendimų, kurie privilegijuoja tam tikrą grupę ne tuo pagrindu, kad geriausia teisingumo koncepcija skelbia, jog ta grupė turi teisę į tą naudą, o tik todėl, kad naudos suteikimas tai grupei aplinkybių valia yra naudingas bendrajam interesui. Pavyzdžiui, jeigu legislatūra suteikia subsidijas ūkininkams, auginantiems kviečius, siekdama užtikrinti reikiamą derlių, arba skiria išmokas kukurūzus auginantiems ūkininkams, kad šie jų neaugintų, nes prikaupta per daug atsargų, ji tuo nepripažįsta kokios nors fermerių teisės į šias išmokas. Aklo nuoseklumo forma iš legislatūros reikalautų suteikti subsidijas arba išmokas už neauginimą visiems fermeriams ar bent jau visiems tiems, kurių pasėliai sudaro labai reikšmingą dalį arba kurie išaugina perteklingas kultūras. Tačiau yra įmanomas racionalus politinės nuostatos motyvas, – galbūt visiškai kitokios rūšies, – kodėl legislatūra neturėtų šitaip generalizuoti šių politinių priemonių. Vien tuo, kad pripažįsta-

mi tie motyvai ir subsidijavimo politika nesuvisuotinama, integralumui nenusižengiama.

8-ame skyriuje pažymėsime argumentą, kuris gali atrodyti keliąs pavojų šiai perskyrai, nes parodo, kad integralumas turi galios net šių politinės nuostatos sprendimų atveju. Valdžiai, kuri pripažįsta tai, ką aš ten pavadinsiu abstrakčiu egalitariniu principu, pagal kurį savo piliečius ji turi traktuoti kaip lygius, reikia vienodo rūpesčio sampratos, o integralumas reikalauja, kad valdžia apsispręstų dėl vieningos sampratos, kurios neišsigins jokiame savo sprendime, įskaitant politinės nuostatos sprendimus. Antai daugelis politikų galvoja, kad traktuoti žmones kaip lygius reiškia apskaičiuoti kiekvieno gerovę kokia nors visa apimančia utilitarine kalkuliacija; institucija, kuri tokią vienodo rūpesčio sampratą naudojo pateisinti kai kuriems įstatymams, negalėtų naudoti jai prieštaraujančios sampratos – pavyzdžiui, kad vienodas rūpestis reiklauja materialinės piliečių lygybės, – teisindama kitus įstatymus. Tačiau įprastinėje politikoje teisės kūrėjai privalo į šiuos reikalavimus žvelgti ilgalaikės perspektyvos požiūriu. Juos ištiktų paralyžius, jeigu jie užsimotų užtikrinti, kad kiekvienas sprendimas skyrium kiekvienam piliečiui davė būtent tą naudą, kuri jam tektų, pavyzdžiui, pagal pačią skrupulingiausią utilitarinę kalkuliaciją. Funkcionali politinė teorija turi būti laisvesnė: ji tik reikalauja, kad valdžia laikytųsi bendro pobūdžio strategijų, kurios skatina visuotinę gerovę, apibrėžiamą apytikriai ir statistiškai, kad atitiktų tai, ko vienodas rūpestis reikalauja pagal tąsyk galiojančią sampratą. Antai valdžia, įsipareigojusi utilitarinei sampratai, savo uždaviniu laiko diegti tokias legislatyvines strategijas, kurios kaip visuma ir ilgalaikėje perspektyvoje vidutinę gerovę gali pakelti labiau, negu pakeltų alternatyvios strategijos; valdžia, įsipareigojusi materialiai lygybei, priima programas, kurios labiau mažina sluoksnių ir klasių grupinės padėties skirtumus materialios gerovės atžvilgiu, ir taip toliau. Sprendimai, įgyvendinantys šias strategijas, juos vertinant pavieniui, yra politinės nuostatos, o ne principo dalykas; juos testuoti dera klausiant, ar jie skatina pažangą visa apimančio tikslo link, užuot klausus, ar jie kiekvienam piliečiui duoda tai, ką

turėti jis turi teisę kaip individas. Taip testuojant, galima pateisinti subsidijas vienai ūkininkų grupei, nors subsidijos kitai grupei, kaip kitokios visa apimančios strategijos dalykas, taip pat būtų pakėlusios bendrąją gerovę, galbūt lygiai tiek pat.

Tačiau dauguma funkcionalių politinių teorijų pripažįsta ir atskiras individualias teises kaip kozirius prieš šiuos politinės nuostatos sprendimus, teises, kurias valdžia *privalo* gerbti svarstydama vieną po kito atvejus ir priiminėdama sprendimą po sprendimo. Tai gali būti didžiosios politinės teisės, kaip kad kiekvieno piliečio teisė į tai, kad jo balsas būtų laikomas lygiu bet kurio kito piliečio balsui arba į tai, kad iš jo nebūtų atimama žodžio ar sąžinės laisvė, net tada, kai šių teisių pažeidimas prisidėtų prie bendrosios gerovės. Arba – teisės, labiau tiesiogiai perimtos iš asmeninės moralės, tokios kaip teisė gauti kompensaciją už sužalojimus, nulemtus kito nerūpestingumo. Integralumo samprata sutelkia žvilgsnį į šiuos principo dalykus: valdžia privalo vieningu balsu kalbėti apie tai, kokios yra šios teisės, taigi ir jų iš nieko neatimti jokiomis aplinkybėmis. Integralumo poveikis politinės nuostatos sprendimams yra labiau išskliđęs. Integralumas, kaip sakiau, reikalauja, kad valdžia laikytųsi kokios nors koherentiškos sampratos, aiškinančios, ką reiškia žmones traktuoti kaip lygius, tačiau tai yra daugiausia bendro pobūdžio strategijų ir apytikrių statistinių testų klausimas. Šiaip jis nereikalauja siaurojo politinių nuostatų nuoseklumo: jis nereikalauja, kad konkrečios programos kiekvieną traktuotų tuo pačiu būdu.[31] Tačiau integralumo rūpinimasis teisėmis ir principu kartais iš tiesų diskvalifikuoja tam tikrą ypatingos rūšies nenuoseklumą. Amerikos legislatūra negalėtų priimti sprendimo, kad joks fermeris katalikas negali gauti subsidijų, net jei būtų rimtų politinės nuostatos motyvų (nors tai neįtikėtina) šiai diskriminacijai.

Politinės nuostatos ir principo perskyra ir tiesioginis ryšys tarp integralumo ir principo yra svarbūs taip pat ir anapus teisėkūros. Imkime prokuroro diskrecija priimamus ir kitokius politinės nuostatos sprendimus baudžiamajame procese. Galima manyti, jog nuoseklumas reikalauja, kad jeigu žmonės buvo ir bus baudžiami už tam

tikrą nusikaltimą, tai turėtų būti baudžiami visi tokį nusikaltimą įvykdę žmonės ir turi būti taikomos vienodos bausmės, jeigu kaltumo lygis vienodas. Integralumo skiriamoji geba didesnė. Jeigu prokuroro motyvas nepersekioti vieno asmens susijęs su politine nuostata – pavyzdžiui, jeigu teisinis persekiojimas būtų pernelyg brangus arba dėl kokios nors priežasties efektyviai neprisidės prie atgrasomojo poveikio, – integralumas nesiūlo jokios motyvacijos, kuri sugestijuotų, kad teisinis persekiojimas neturėtų būti taikomas ir tuo atveju, kai tokių politinės nuostatos motyvų nėra arba jie atmetami. Tačiau jeigu motyvai, argumentuojantys prieš teisinį persekiojimą vienoje byloje, yra principo motyvai – pavyzdžiui, jog baudžiamasis įstatymas neteikia adekvataus perspėjimo, – integralumas reikalauja, kad šie motyvai būtų gerbiami ir kiekvieno kito asmens atveju. Žinoma, integralumas taip pat smerktų tuos prokurorų sprendimus, kurie diskriminuoja – nors ir pasiteisinant politinės nuostatos motyvais – pagrindais, pažeidžiančiais šiaip pripažįstamas teises, kaip antai jeigu mūsų prokurorai, tarsi taupydami lėšas, už tam tikrą nusikalstamą veiką, ypač paplitusią bendruomenėse, kurias sudaro daugiausia juodaodžiai, persekiojimą taikytų tik juodaodžiams.[32]

7. Teisės integralumas

PLATUS ŽVILGSNIS

Šiame skyriuje konstruojame trečiąją iš tų teisės sampratų, kurias pristačiau 3-iame skyriuje. Teisės kaip integralios visumos samprata neigia, kad teisiniai teiginiai yra arba retrospektyvūs *(backward-looking)* fakto pranešimai, kaip mano konvencionalizmas, arba perspektyvinės *(forward-looking)* instrumentinės programos, kaip mano teisinis pragmatizmas. Ji tvirtina, kad teisinės tezės yra interpretaciniai sprendiniai, taigi – kad jie kombinuoja retrospektyvinius ir perspektyvinius elementus; jie interpretuoja amžininkų teisinę praktiką, suprantamą kaip besirutuliojantis politinis naratyvas. Taigi teisės kaip integralios visumos samprata atmeta senovinį klausimą, ar teisėjai atranda ar išranda teisę, kaip nereikalingą klausimą; ji sugestijuoja, kad teisinį samprotavimą suprasime tik suvokę prasmę, kuria jie sykiu daro ir viena, ir kita, ir nedaro nei to, nei to.

Integralumas ir interpretacija

Integralumo principas sprendžiant bylas liepia teisėjams juridines teises ir pareigas identifikuoti remiantis – kiek tai įmanoma – prielaida, kad jos visos yra sukurtos vieno autoriaus – personifikuotosios bendruomenės, – išreiškiančio vientisą teisiškumo ir teisingumo sampratą. Savo trečiąją teisės sampratą, savo trečiąją pažiūrą į tai, kokios teisės ir pareigos kyla iš praeities politinių sprendimų, mes suformuojame performuluodami šias instrukcijas kaip tezę apie teisės pagrindus. Pagal teisės kaip integralios visumos sampratą, teisės propozicijos yra teisingos, jeigu jos figūruoja teisiškumo, teisingumo ir

deramo procedūrinio proceso principuose arba kyla iš jų, – principuose, kurie teikia geriausią konstruktyvinę bendruomenės teisinės praktikos interpretaciją. Pavyzdžiui, nuspręsti, ar teisė numato poniai McLoughlin kompensaciją už jos patirtą žalą, – reiškia nuspręsti, ar teisinę praktiką išvystame palankesnėje šviesoje, jeigu tariame, kad bendruomenė yra pripažinusi principą, jog žmonės, atsidūrę ponios McLoughlin padėtyje, turi teisę į kompensaciją.

Taigi teisės kaip integralios visumos sampratos interpretacinis pobūdis, kitaip nei konvencionalizmas ar pragmatizmas, implikuoja labiau neatlyžtamą interpretaciją. Šios teorijos pateikia save *kaip* interpretacijas. Tai teisės sampratos, pretenduojančios mūsų teisines praktikas parodyti kiek įmanoma palankesnėje šviesoje, o savo pointerpretacinėse išvadose jos rekomenduoja tam tikrus bylų sprendimo stilius ir programas. Tačiau jų rekomenduojamos programos pačios nėra *interpretacijos* programos: jos nereikalauja iš teisėjų, sprendžiančių sunkiąsias bylas, vykdyti kokį nors tolesnį, iš esmės interpratacinį teisinės doktrinos tyrimą. Konvencionalizmas reikalauja iš teisėjų studijuoti teisines ataskaitas ir parlamento protokolus turint tikslą atskleisti, kokie sprendimai yra priimti institucijų, konvenciškai pripažįstamų turinčiomis legislatyvinę galią. Be abejo, tame procese kils interpretacinių klausimų: pavyzdžiui, gali prireikti interpretuoti tekstą norint nuspręsti, kokius įstatymus juo remdamosi konstruoja mūsų teisinės konvencijos. Tačiau kai teisėjas jau yra pripažinęs konvencionalizmą kaip savo gidą, spręsdamas konkrečias bylas jis jau nebeturi progų teisės archyvą interpretuoti kaip visumą. Pragmatizmas iš teisėjų reikalauja instrumentiškai mąstyti apie geriausias normas ateičiai. Toks samprotavimas gali pareikalauti interpretacijos veiksmą perkelti anapus teisinės medžiagos: pavyzdžiui, pragmatistui utilitaristui gali tekti rūpintis geriausiu būdu suprasti bendruomenės gerovės idėją. Tačiau ir vėl: pripažinęs pragmatizmą, teisėjas nustoja interpretuoti teisinę praktiką kaip visumą.

Teisės kaip integralios visumos samprata yra kitokia: ji yra sykiu teisinės praktikos visapusiškos interpretacijos produktas ir šios interpretacijos įkvėpimo šaltinis. Programa, kurią ji siūlo teisėjams,

sprendžiantiems sunkiąsias bylas, yra iš esmės – ne tik kontingentiškai – interpretacinė; teisės kaip integralios visumos samprata iš jų reikalauja toliau interpretuoti tą pačią medžiagą, kurią jau pati ši samprata tikisi sėkmingai interpretuojanti. Ji save teikia kaip pradedamąją dalį interpretacijos, kurią ji rekomenduoja tęsti, išplėtojant į detalias interpretacijas. Todėl dabar turime grįžti prie bendrų interpretacijos kaip tokios apmąstymų, kuriuos pradėjome 2-ame skyriuje. Turime tęsti ten pateiktą aiškinimą, kas yra interpretacija ir kada ji yra gera, tačiau šįkart – detaliau ir tą aiškinimą labiau orientuojant į tą ypatingą interpretacinį iššūkį, kuris tenka teisėjams ir kitiems, privalantiems pasakyti, kokia yra teisė.

Integralumas ir istorija

Istorija yra svarbi teisės kaip integralios visumos sampratai – labai svarbi, tačiau tik tam tikra prasme. Integralumas nereikalauja tokio principo nuoseklumo, kuris apimtų visus istorinius bendruomenės teisės etapus; iš teisėjų jis nereikalauja teisę, kurią jie įgyvendina, mėginti suprasti kaip pagal principą gimininga praėjusio amžiaus teisei, kurios jau atsižadėta, netgi nereikalauja įžvelgti tęstinumo ankstesniosios kartos teisės atžvilgiu. Ji nurodo horizontalų, o ne vertikalų principo nuoseklumą, apimantį visus tuos teisinius standartus, kuriuos bendruomenė diegia dabar. Ji tvirtina, kad teisė – teisės ir pareigos, kylančios iš praeities kolektyvinių sprendimų ir todėl įgaliojančios valstybinę prievartą arba jos reikalaujančios, – apima ne tik detalų tų siauros reikšmės sprendimų turinį, bet ir platesnės prasmės principų schemą, būtiną jiems pateisinti. Istorija yra svarbi ir dėl to, kad ta principų schema turi pateisinti taip pat ir tų praeities sprendimų statusą, ne tik turinį. Į Nykstančių biologinių rūšių akto pripažinimo teise pateisinimą, jeigu – ir kol – jis nepanaikinamas, kaip esminės reikšmės faktas įeis tai, kad jį priėmė Kongresas, o bet koks pateisinimas, kurį mes pateikiame to fakto kaip esminės svarbos fakto traktavimui pateisinti, turi priderinti būdą, kuriuo mes traktuojame kitus mūsų politinės praeities įvykius.

Tad teisės kaip integralios visumos samprata pradeda nuo dabarties, o praeitimi domisi tik tiek, kiek reikalauja jos dabartinis fokusas, ir tik tuo būdu, kurį jis diktuoja. Net aiškindamasi dabartinę teisę, ji nesiekia išgauti politikų, kurie pirmi ją sukūrė, idealus ar praktinius tikslus. Veikiau ji siekia pateisinti tai, ką jie padarė (kartais įskaitant ir tai, ką jie pasakė, kaip matysime), – pateisinti visa apimančiu pasakojimu, vertu pasakoti dabar, pasakojimu, į kurį įeina sudėtingas teiginys: kad dabartinė praktika gali būti organizuojama principų ir pateisinama pagal principus, pakankamai patrauklius, kad užtikrintų orią ateitį. Teisės kaip integralios visumos samprata atmeta senąją pažiūrą, anot kurios, „įstatymas yra įstatymas“, kaip ir naujesniojo „realizmo“ cinizmą. Abi šias pažiūras ji supranta kaip pagrįstas ta pačia dirbtine teisės radimo *vs* išradinėjimo dichotomija. Kai teisėjas skelbia, kad tam tikras principas yra įkūnijamas teisės, jis praneša ne naivų teiginį apie praeities valstybės veikėjų motyvus, teiginį, kurį protingas cinikas gali lengvai sukritikuoti, o interpretacinį pasiūlymą: kad tas principas sykiu ir atitinka tam tikrą sudėtingą teisinės praktikos dalį, ir ją pateisina, kad jis teikia patrauklų būdą tos praktikos struktūroje išvysti principo nuoseklumą, kurio reikalauja integralumas. Teisės optimizmas šia prasme yra konceptualus; teisės teiginiai esti nuolat konstruktyvūs tiesiog dėl to, kad jie yra tokie teiginiai. Šis optimizmas gali atrodyti tarsi ne vietoje: galbūt teisinė praktika išties nesiduoda interpretuojama niekaip kitaip, tik labai skeptiškai. Tačiau tai nėra neišvengiama tik dėl to, kad bendruomenės istorija yra didelių permainų ir konflikto istorija. Sumani interpretacija įmanoma ir tuo atveju, jei dalykas yra morališkai komplikuotas, net kai jis neaiškus.

TEISĖS GRANDINĖ

Grandinės romanas

2-ame skyriuje aiškinau, kad kūrybingai interpretacijai formalią struktūrą teikia intencijos idėja, ne (bent jau nebūtinai) dėl to, kad ji siekia nustatyti kokio konkretaus istorinio asmens ar grupės intencijas, bet dėl to, kad siekia priskirti tikslą interpretuojamam tekstui ar duomenims, ar tradicijai. Kadangi visokiai kūrybingai interpretacijai būdingas šis bruožas, – nes ji turi normatyvinį aspektą ar komponentą, – pravartu teisę palyginti su kitomis interpretacijos formomis ar atvejais. Mums gali padėti teisėjo, sprendžiančio, kokia yra teisė kokiu nors klausimu, palyginimas ne tik su pagarbumo bendruomenės piliečiais, sprendžiančiais, ko pagarbumo tradicija reikalauja, bet ir su literatūros kritiku, narpliojančiu įvairias sudėtingos dramos ar eilių vertės dimensijas.

Tačiau teisėjai yra sykiu ir autoriai, ne tik kritikai. Teisėjas, sprendžiantis *McLouhglin* bylą arba *Brown* bylą, prisideda prie tradicijos, kurią jis interpretuoja; ateities teisėjai susiduria su nauja tradicija, kuri apima tai, ką jis padarė. Žinoma, ir literatūros kritika įdeda indėlį į meno tradicijas, puoselėjamas autorių; to indėlio pobūdis ir svarba patys yra kritinės teorijos klausimai. Tačiau teisėjų indėlis yra labiau tiesioginis, o perskyra tarp autoriaus ir interpretuotojo čia yra veikiau skirtingų to paties proceso aspektų dalykas. Todėl literatūros ir teisės palyginimą galime padaryti dar vaisingesnį, įsivaizduodami pramanytą literatūros žanrą, kurį galėtume pavadinti grandinės romanu *(chain novel)*.

Tokio romano kūrime dalyvauja grupė romanistų, rašančių romaną seriatim; kiekvienas grandinės romanistas interpretuoja skyrius, kurie jam pateikiami, kad jis parašytų naują skyrių, kuris tada priduriamas prie to, ką gauna kitas novelistas, ir taip toliau. Kiekvieno darbas – rašyti savo skyrių taip, kad padarytų kuriamą romaną geriausią, koks tik jis gali būti, ir šio uždavinio sudėtingumas čia yra sunkiosios bylos sprendimo pagal teisės kaip integralios visumos sampratą sudėtingumo modelis. Įsivaizduojamasis literatūrinis pro-

cesas yra fantazija, tačiau ji nėra neįtikima. Kai kurie romanai iš tikrųjų yra parašyti tokiu būdu, nors daugiausiai turint tikslą demaskuoti, taip pat tam tikri salono žaidimai, skirti lietingiems savaitgaliams Anglijos kaime, savo struktūra primena tą principą. Televizijos muilo operos tęsiasi dešimtmečius su tais pačiais personažais ir išlaikydamos tam tikrą minimalų personažų charakterio ir siužeto tęstinumą, nors scenarijų joms rašo skirtingos autorių komandos, net skirtingos jų pamainos skirtingomis savaitėmis. Tačiau mūsų pavyzdyje iš romanistų tikimasi, kad jie rimčiau žiūri į savo pareigą išlaikyti tęstinumą; jie bendromis pastangomis siekia, kiek pajėgia, sukurti vieną vientisą geriausią įmanomą romaną.[1]

Kiekvienas romanistas iš tos medžiagos, kuri jam duodama, ir tuo, ką jis priduria prie jos, taip pat turėdamas omenyje (tiek, kiek jis gali šitai kontroliuoti) tai, ką kursiantieji po jo norės arba galės pridurti, siekia sukurti vieną romaną. Jis privalo stengtis padaryti šį romaną geriausiu įmanomu romanu, kurį galima interpretuoti kaip vieno autoriaus kūrinį, o ne – kaip yra iš tiesų – kaip daugelio skirtingų rankų produktą. Tai iš jo reikalauja visuminio sprendimo arba visuminių sprendinių serijos rašant ir perkuriant. Jis turi turėti kokią nors pažiūrą į rašomą romaną, kokią nors darbinę teoriją apie jo veikėjus, siužetą, žanrą, temą ir sumanymą, kad galėtų nuspręsti, kas laikytina jo tąsa, o ne nauja pradžia. Jeigu jis yra geras kritikas, jo pažiūra į šiuos dalykus bus komplikuota ir daugiaaspektė, nes gero romano vertės negalima užčiuopti iš vienos perspektyvos. Jis sieks rasti reikšmės sluoksnius ir tėkmes, o ne vieną, visa išsemiančią temą. Tačiau mes galime mūsų dabar jau įprastu būdu suteikti kokią nors struktūrą bet kokiai interpretacijai, kurią jis atliks, atskirdami dvi dimensijas, pagal kurias ją reikia testuoti. Pirmoji yra tai, ką mes vadinome dermės *(fit)* dimensija. Jis negalėtų taikyti jokios interpretacijos, net ir labai sudėtingos, jeigu manytų, kad joks pavienis autorius, kuris imtųsi rašyti romaną su įvairioms interpretacijoms palankiais veikėjais, siužetu, tema ir sumanymu, kuriuos aparašo interpretacija, iš esmės nebūtų galėjęs parašyti pateiktojo teksto. Tai nereiškia, kad jo interpretacija turi derėti su kiekviena teksto detale. Jos ne-

diskvalifikuoja vien tai, kad jis teigia, jog kai kurios eilutės ar tropai yra atsitiktiniai ar netgi kad kai kurie siužeto įvykiai yra klaida, nes prieštarauja toms literatūrinėms ambicijoms, kurias nusako interpretacija. Tačiau interpretacija, kurios jis imasi, vis tiek privalo apimti visą tekstą; ji turi turėti bendrą aiškinamąją galią ir yra defektyvi, jeigu palieka nepaaiškintą kokį nors svarbų struktūrinį teksto aspektą, pasiužetį, traktuotą kaip turintį didelę dramatinę svarbą arba dominuojančią, besikartojančią metaforą. Jeigu neįmanoma rasti tokios interpretacijos, kuri nėra ydinga tokia prasme, tai grandinės romanistas nebus pajėgus visiškai patenkinti jam keliamus reikalavimus; jis turės padaryti sprendimą dėl interpretacijos, kuri aprėpia didžiumą teksto, pripažindamas, kad ji nėra absoliučiai sėkminga. Galbūt neįmanoma net tokia dalinė sėkmė; galbūt kiekviena interpretacija, kurią jis svarsto, nedera su didžiąja dalimi jam pateiktos medžiagos. Tokiu atveju jis turi atsisakyti dalyvauti projekte, nes interpretacinės nuostatos aptariamojo teksto atžvilgiu pasekmė tuomet yra vidinis skepticizmas: kad nieko negalima laikyti romano tąsa, o ne nauja pradžia.

Jis gali pripažinti ne kad jokia vienintelė interpretacija nedera su didžiuma teksto, bet kad su ja dera daugiau negu viena interpretacija. Tuomet antroji interpretacijos dimensija iš jo reikalauja spręsti, kuris iš šių tinkamų perskaitymų kuriamą kūrinį daro, atsižvelgiant į viską, geriausią. Šiuo momentu svarbiausias vaidmuo tenka jo substantyvesniems estetiniams sprendiniams – sprendiniams dėl skirtingų idėjų, kurias, manytina, reiškia romanas, svarbos ar įžvalgumo, ar realizmo, ar grožio. Tačiau formalieji ir struktūriniai sumetimai, kurie dominuoja pagal pirmąją dimensiją, figūruoja ir pagal antrąją, mat net kai nė viena iš dviejų interpretacijų nėra iš karto diskvalifikuojama kaip per mažai paaiškinanti, viena iš jų gali parodyti tekstą palankesnėje šviesoje, nes dera su didesne teksto dalimi arba įdomiau integruoja stilių ir turinį. Taigi perskyra tarp tų dviejų dimensijų yra ne tokia ir lemiama ar fundamentali, kaip galėtų atrodyti. Ji yra pravartus analitinis instrumentas, padedantis mums suteikti struktūrą bet kokio interpretuotojo darbinei teorijai ar stiliui. Jis išsiug-

dys jausmą, leidžiantį atskirti, kada atvejis laikytinas tokiu atveju, kai interpretacija taip prastai dera su tekstu, kad sprendžiant, ar ji, į viską atsižvelgiant, daro romaną geresnį negu jos varžovės, nebūtina svarstyti jos substantyviosios apeliacijos, nes ir taip aišku, kad tai negali nusverti jos netinkamumo dermės požiūriu. Šis jausmas jam leis apibrėžti pirmąją dimensiją. Tačiau jam nėra reikalo savo intuityvų jausmą redukuoti į kokią nors preciziską formulę; jam retai reikėtų nuspręsti, ar tam tikra interpretacija tiesiog atlaiko testą, ar tiesiog jo neatlaiko, nes beveik tikra yra tai, kad ta, kuri tiesiog atlaikė, nesvarbu, kokį ambicingą ar įdomų ji teigtų esant tekstą, neatlaikytų visa apimančio palyginimo su kitomis interpretacijomis, kurių dermė buvo akivaizdi.

Dabar mes galime matyti, kiek įvairios rūšies sprendinių yra surizgę šiame visa apimančiame palyginime. Sprendiniai apie tekstinę koherenciją ir integralumą, atspindintys įvairias formaliąsias literatūrines vertybes, yra susipynę su substantyvesniais estetiniais sprendiniais, kurie savo ruožtu presuponuoja skirtingus literatūrinius siekius. Tačiau šių įvairių kiekvienos bendros rūšies sprendinių rūšinis skirtumas lieka pakankamai aiškus, kad visa apimančiame vertinime jie galėtų vienas kitą kontroliuoti, ir būtent ši varžymosi galimybė, būtent tarp teksto ir turinio sprendinių, skiria grandinės romanisto uždavinį nuo labiau nepriklausomo kūrybinio rašymo. Taip pat mes negalime padaryti jokios kategoriškos perskyros tarp etapo, kuriuo grandinės romanistas interpretuoja jam pateiktą tekstą, ir etapo, kai jis priduria savo paties skyrių, vedamas interpretacijos, dėl kurios jis apsisprendė. Pradėjęs rašyti, tame, ką yra parašęs, jis galėtų įžvelgti skirtingos, galbūt radikaliai skirtingos, interpretacijos galimybę. Arba jis galėtų manyti esant neįmanoma toliau rašyti tokiu tonu ar ta tema, kurios jis ėmėsi pirma, ir tai gali jį pastūmėti persvarstyti kitas interpretacijas, kurias jis pirma atmetė. Bet kuriuo atveju jis grįžta prie teksto, kad persvarstytų jo įgalinamas trajektorijas.

Skrudžas

Šį abstraktų aprašymą galime išplėsti grandinės romanisto sprendinio pavyzdžiu. Tarkime, jog jūs esate romanistas romanistų grandinės viduryje. Tarkime, jog Dickensas niekuomet neparašė *Kalėdų giesmės (A Christmas Carol),* ir tekstas, kuris Jums pateikiamas, nors parašytas keleto žmonių, yra tapatus pirmajai to trumpo romano daliai. Jūs svarstote štai kokias dvi pagrindinio veikėjo interpretacijas: Skrudžas yra iš prigimties ir nepataisomai blogas, jis įkūnija nesuvaržytą natūralų žmogiškosios prigimties ydingumą, nedangstomą konvencijų, kurias jis atmeta; arba – Skrudžas yra vidujai geras, bet pamažu sugadintas netikrų vertybių ir tvirkinančių kapitalistinės aukštuomenės primetamų reikalavimų. Akivaizdu, jog be galo svarbu, kurią iš šių interpretacijų pasirinksite, nes ji nulems tai, kaip tęsite istoriją. Jeigu Jums buvo pateiktas beveik visas *Kalėdų giesmės* tekstas ir Jums tereikia parašyti tik pačią pabaigą – Skrudžas jau susapnavo savo sapnus, pajuto atgailą ir pasiuntė kalakutą, – Jums jau per vėlu jį daryti nepataisomai sugedusį, jeigu tariame, kad Jūs manote, – kaip manytų dauguma interpretuotojų, – jog tekstas, prievarta nepritempinėjant, tokios interpretacijos neleistų. Nenoriu pasakyti, kad joks interpretuotojas negalėtų manyti Skrudžą esant iš prigimties blogą ir po jo tariamo kaltės išpirkimo. Kas nors galėtų manyti, kad ta tariama išpirka yra dar vienas veidmanystės aktas, tačiau tik daug ko tekste nelaikydamas grynu pinigu. Tai būtų vargana interpretacija ne dėl to, kad niekas negalėtų manyti jos esant geros, bet todėl, kad ji iš tiesų, pagal visus iki šiol aprašytus kriterijus, yra prasta.[2]

Tačiau dabar įsivaizduokime, kad jums buvo duoti tik pirmieji keletas *Kalėdų giesmės* skirsnių. Jūs pripažįstate, kad niekas tekste iki tos vietos vienareikšmiškai nepašalina nei vienos, nei kitos iš tų dviejų jūsų svarstomų interpretacijų galimybės; galbūt viena geriau paaiškintų kai kuriuos mažareikšmius atsitiktinius siužeto momentus, kuriuos kitai tenka palikti nesusietus su visuma, tačiau kiekvieną iš tų interpretacijų galima suvokti kaip apskritai apimančią šį trumpesnį tekstą kaip visumą. Kompetentingas romanistas, kuris imasi

rašyti romaną bet kuria iš sugestijuotųjų linkmių, tikrai būtų galėjęs parašyti tai, ką jūs randate tuose puslapiuose. Tokiu atveju turite padaryti kitą sprendimą. Jūsų užduotis yra remiantis tekstu sukonstruoti geriausią įmanomą jo reikšmę, todėl jūs pasirinksite interpretaciją, kuri, jūsų įsitikinimu, daro kūrinį reikšmingesnį ar kaip kitaip geresnį. Tas sprendimas greičiausiai (tačiau ne neišvengiamai) priklausys nuo to, ar jūs manote, kad realūs žmonės, kuo nors panašūs į Skrudžą, yra iš prigimties blogi, ar – kad jie yra sugadinti kapitalizmo. Tačiau tai priklausys ir nuo daugelio kitų dalykų, nes jūsų estetiniai įsitikinimai nėra tokie paprasti, kad tik šį romano aspektą darytų svarbų jo bendrai sėkmei. Tarkime, jog jūs manote, kad viena iš interpretacijų integruoja ne tik siužetą, bet ir įvaizdžius bei veiksmo aplinkybes; pavyzdžiui, socialinė interpretacija paaiškina ryškų kontrastą tarp individualizmą įkūnijančios Skrudžo kontoros įrangos ir interjero ir Bobo Krečito namų ūkio komunitarinio beformiškumo. Dabar jūsų estetinis sprendinys – apie tai, kuris perskaitymas daro tęsiamą romaną geresnį kaip romaną – pats yra sudėtingesnis, nes jis turi identifikuoti ir rasti kompromisą tarp skirtingų vertės dimensijų romane. Tarkime, jog jūs manote, kad prigimtinio nuodėmingumo sąvoka besiremiantis perskaitymas romanui yra tikrai daug tikresnis žmogaus prigimties pavaizdavimas, tačiau kad sociorealistinis perskaitymas suteikia gilesnę ir įdomesnę formaliąją struktūrą. Tuomet jūs privalote savęs paklausti, kuri interpretacija meno kūrinį daro geresnį visumos požiūriu. Galbūt jūs niekuomet iki tol nesatę reflektavęs tokio klausimo – galbūt literatūros mokslo tradicija, kurią jūs studijavote, laiko savaime suprantamu dalyku, kad viena arba kita iš šių dimensijų yra svarbesnė – tačiau tai ne priežastis, dėl kurios negalėtumėte to padaryti dabar. Kai jūs esate apsisprendęs, manysite, kad teisinga Skrudžo personažo interpretacija yra ta interpretacija, kuri daro romaną geresnį visumos atžvilgiu, taip vertinant.

Šis pramanytas pavyzdys yra pakankamai sudėtingas, kad išprovokuotų štai kokį tikriausiai svarbų klausimą. Ar jūsų sprendimas dėl geriausio būdo interpretuoti ir tęsti jums pateikiamas parašytąsias *Kalėdų giesmės* dalis yra laisvas ar varžomas sprendimas? Ar jūs

esate laisvas suteikti galią savo paties prielaidoms ir pažiūroms apie tai, kokie romanai turėtų būti? Ar turite jas ignoruoti, nes esate pavaldus tekstui, kurio neturite teisės keisti? Atsakymas yra pakankamai aiškus: nė vienas iš šių primityvokų aprašymų – visiškos kūrybinės laisvės arba mechaniško teksto varžto – nepaaiškina jūsų situacijos, nes kiekvieną iš jų būtina patikslinti antru. Jūs suvoksite savo kūrybinę laisvę, kai savo užduotį palyginsite su kokia nors reliatyviai mechaniškesne užduotimi, tokia kaip tiesioginis teksto vertimas į svetimą kalbą. Tačiau jausite suvaržymą, kai ją palyginsite su kokia nors reliatyviai mažiau reglamentuota užduotimi, tokia kaip pradėti rašyti savo paties naują romaną.

Svarbu ne tik pažymėti šį kontrastą tarp meninės laisvės elementų ir tekstinio varžto, bet taip pat nesuklysti interpretuojant jo pobūdį. Tai ne kontrastas tarp tų interpretacijos aspektų, kurie yra priklausomi nuo interpretuotojo estetinių įsitikinimų, ir tų, kurie nuo jų nepriklausomi. Tai ir ne kontrastas tarp tų aspektų, kurie gali būti kontroversiški, ir tų, kurie negali. Mat varžtai, kuriuos jūs juntate kaip ribas jūsų laisvei skaityti *Kalėdų giesmę* taip, kad Skrudžas atrodytų nepataisomai blogas, yra lygiai taip pat sprendimo ir įsitikinimo dalykas, dėl kurio skirtingi grandinės romanistai gali nesutarti, kaip ir įsitikinimai bei pažiūros, kuriais jūs remiatės spręsdami, ar romanas būtų buvęs geresnis, jeigu Skrudžas būtų buvęs nepataisomai blogas. Jeigu pastarieji įsitikinimai yra „subjektyvūs" (čia, kad ir nenoromis, aš vartoju išorinio skepticizmo kalbą, nes kai kurie skaitytojai manys ją esant parankią), tai tokie yra ir pirmieji įsitikinimai. Abu svarbiausieji bet kokio interpretuotojo įsitikinimų tipai – apie tai, kurie perskaitymai atitinka tekstą geriau ar blogiau, ir apie tai, kuris iš dviejų perskaitymų romaną daro iš esmės geresnį – yra sąlygojami jo visa apimančios įsitikinimų ir pažiūrų schemos; nė vienas iš tų tipų nėra kokia nors prasme nuo tos schemos labiau nepriklausomas nei kitas.

Ši pastaba provokuoja štai kokį prieštaravimą. „Jeigu interpretuotojas galiausiai turi remtis tuo, kas jam atrodo teisinga, tiek spręsdamas, ar tam tikra interpretacija tinka, tiek ir spręsdamas, ar ji daro

romaną patrauklesnį, tai jis iš tiesų nėra varžomas apskritai jokio tikro varžto, nes asmens sprendimą iš tikrųjų gali varžyti tik išoriniai, kieti faktai, dėl kurių kiekvienas būtinai sutiks." Šis prieštaravimas yra nevykęs, nes pagrįstas dogmatišku požiūriu. Įprasta mūsų kognityvinės patirties dalis yra tai, kad kai kurios iš mūsų nuomonių ir kai kurie iš įsitikinimų funkcionuoja kaip kontrolė sprendžiant, kokiu mastu mes galime ar turėtume pripažinti arba teikti galią kitiems, ir ši kontrolė yra efektyvi net tada, kai varžantieji įsitikinimai ir pažiūros yra kontroversiški. Jeigu vienas mokslininkas pripažįsta griežtesnius tyrimo procedūrų standartus nei kitas, mažiau dalykų iš tų, kuriais jis norėtų tikėti, jam atrodys tikėtini. Jeigu vienas politikas turi skrupulų, kurių kitas politikas ne iš blogos valios nepaiso, pirmasis tuo atžvilgiu bus varžomas, o antrasis – ne. Kartoju, nėra kaip nors žalinga vartoti subjektyvumo retoriką, kurią mėgsta išorinis skeptikas. Mes galėtume pasakyti, kad šiuose pavyzdžiuose varžtas yra „vidinis" ar „subjektyvus". Vis dėlto jis yra fenomenologiškai tikras, ir būtent tai yra svarbu. Mes mėginame suprasti, kaip interpretaciją regi interpretuotojas, o jo akimis žiūrint, varžtas, kurį jis jaučia, yra toks tikras, nelyginant būtų nekontroversiškas, tarsi kiekvienas jį jaustų taip stipriai kaip jis. Tarkime, jog kas nors tuomet tvirtina, kad „objektyviu" požiūriu iš viso nesama jokio tikro varžto, kad tas varžtas yra *tik* subjektyvus įsivaizdavimas. Jeigu šį tolesnį kaltinimą traktuojame kaip išorinio skeptiko būdingą priekaištą, tai jis yra beprasmiškas ir klaidinantis ta prasme, kurią pažymėjome 2-ame skyriuje. Grandinės romanistui jis neteikia jokio pagrindo abejoti ar atsižadėti išvadų, kurias jis prieina, pavyzdžiui, apie tai, kurios interpretacijos atitinka tekstą pakankamai gerai, kad galiotų, arba taip prastai, kad jas reikia atmesti, jeigu yra įmanomos kitos interpretacijos, kitais atžvilgiais ne tokios patrauklios.

Tačiau šį skeptinį prieštaravimą galima padaryti įdomesnį, jeigu jį štai kaip susilpniname. Dabar jis tvirtina, kad jaučiamasis varžtas gali kartais būti iliuziškas ne dėl išorinio skeptiko nurodomos dogmatinės priežasties – tos, jog tikras varžtas turi būti nekontroversiškas ir nepriklausomas nuo kitų įsitikinimų ir pažiūrų, – bet dėl to,

kad jis gali būti nepakankamai autonomiškas interpretuotojo savarankiškesnių meninių įsitikinimų sistemoje, kad iš tikro galėtų kokiomis nors aplinkybėmis juos kontroliuoti ar varžyti, net jo paties akimis žiūrint.[3] Tai yra labai tikėtina galimybė, ir turime jos paisyti kritikuodami savo ar kitų žmonių interpretacinius argumentus. Aš rėmiausi tam tikromis prielaidomis apie jūsų estetinių nuomonių struktūrą, kai įsivaizdavau jūsų tikėtiną bendriausią sprendinį apie *Kalėdų giesmę*. Dariau prielaidą, kad skirtingi atskirų sprendinių, kuriuos jūs kombinuojate savo visa apimančioje nuomonėje, tipai yra pakankamai nepriklausomi vienas nuo kito jūsų idėjų sistemos viduje, kad leistų kai kuriems iš jų varžyti kitus. Tariamo Skrudžo atpirkimo interpretuoti kaip veidmainiško jūs nenorite dėl „formalių" priežasčių, susijusių su visumingumu ir siužeto, stiliaus ir veikėjų integravimu. Geras romanas (manote jūs) nepaverstų veidmainiškos atgailos pasekme tokio dramatiško ir sukrečiančio įvykio kaip šiurpioji Skrudžo naktis. Tie formalieji įsitikinimai yra nepriklausomi nuo jūsų savarankiškesnių nuomonių apie konkuruojančią kitokių literatūrinių siekių vertę: net jeigu manote, kad romanas apie prigimtinį nuodėmingumą būtų labiau jaudinantis, tai jūsų formaliojo įsitikinimo nedaro palankesnio prigimtinio nuodėmingumo interpretacijai. Tačiau tarkime, kad aš esu neteisus, darydamas tokias prielaidas apie jūsų mentalinį pasaulį. Tarkime, kad argumentacijos procese atskleidžiame, jog jūsų įsitikinimai dėl formos iš tikrųjų yra susilydę su jūsų savarankiškesniais įsitikinimais ir yra jų valdomi. Visuomet, kai teikiate pirmenybę kokio nors teksto perskaitymui substantyviais pagrindais, jūsų formalieji įsitikinimai automatiškai prisiderina jį patvirtindami kaip gerą to teksto perskaitymą. Žinoma, gali būti, kad jūs tik tariatės, kad taip yra, o tokiu atveju jūs veikiate ne pagal sąžinę. Tačiau tas priderinimas gali būti nesąmoningas, o tokiu atveju jūs manote, kad esate varžomas varžto, tačiau ta prasme, kuri yra svarbi, jūs iš tikrųjų nesate varžomas. Tai, ar interpretuotojo įsitikinimai iš tiesų kontroliuoja vienas kitą, kaip turi būti, jeigu jis išvis interpretuoja iš tikrųjų, priklauso nuo jo relevantiškų nuomonių kaip visumos sudėtingumo ir struktūros.

Mūsų grandinės romano pavyzdį iki šio momento darkė nerealistinės prielaidos, kad jums pateiktasis tekstas turi stebuklingą vienovę, būdingą vieno autoriaus parašytam tekstui. Net jei kiekvienas iš ankstesnių grandinės romanistų būtų į savo prievoles žiūrėjęs išties labai rimtai, tekste, kurį jums davė, matytųsi jo istorijos žymės, ir jūs turėtumėte savo interpretacijos stilių priderinti prie šios aplinkybės. Galbūt jūs nerasite jokios visą tekstą apimančios interpretacijos, kuri dera su viskuo, ką jums pateiktoji medžiaga traktuoja kaip svarbu. Jūs turite atsižadėti per didelių ambicijų (kaip galbūt daro dori rašytojai, įsiliedami į muilo operos be pabaigos kūrėjų komandą), kad pamėgintumėte sukonstruoti interpretaciją, atitinkančią didžiumą to, ką jūs laikote esant meniniu požiūriu fundamentaliausia tame tekste. Daugiau nei viena interpretacija gali atlaikyti šį ne tokį griežtą testą. Kad išsirinktumėte iš jų, turite atsigręžti į savo pamatinius estetinius įsitikinimus, įskaitant tuos, kuriuos jūs laikysite taikomais formai. Galbūt jokia interpretacija neatlaikys net ir paprastesniojo testo. Tai skeptinė galimybė, kurią minėjau anksčiau: tuomet jūs galiausiai pasitrauksite iš projekto, atsisakysite jums keliamos užduoties kaip neįvykdomos. Tačiau jūs negalite žinoti iš anksto, kad gausite tokį skeptinį rezultatą. Iš pradžių turite pamėginti. Ši grandinės romano fantazija mums bus įvairiais atžvilgiais pravarti vėlesnėje argumentacijoje, tačiau šioji yra pati svarbiausia jos teikiama pamoka. Išmintingai skambantis sprendinys, jog jokia vienintelė interpretacija negalėtų būti geriausia, turi būti pelnytas ir apgintas kaip bet kuris kitas interpretacinis teiginys.

Klaidinantis prieštaravimas

Taigi grandinės romanistas turi padaryti daug sunkių sprendimų, ir galima tikėtis, kad skirtingi grandinės romanistai priims skirtingus atitinkamus sprendimus. Tačiau į jo sprendimus neįeina sprendimas, ar – ir kiek – jis turėtų nutolti nuo kuriamo romano, kuris jam pateikiamas, ir nė vieno iš jo sprendimo negalima pagrįstai reziumuoti kaip tokio sprendimo. Mat jis neturi nieko, nuo ko *gali* nutolti arba kam

gali likti ištikimas, kol iš to teksto nesukonstruoja romano kaip besirandančio romano, ir tie įvairūs mūsų svarstyti sprendimai, visi yra sprendimai, kuriuos jis būtinai turi padaryti tiesiog tam, kad galėtų tai daryti. Tarkime, jog jūs nusprendžiate, kad sociorealistinė pirmųjų romano *Kalėdų giesmė* dalių interpretacija, viską pasvėrus, daro tą tekstą iki šio momento geriausiu romanu, kokiu tik jis gali būti, todėl jūs tęsiate romaną kaip žmogiškumą nuolat žeminančių pono ir tarno santykių kapitalizmo sąlygomis studiją, o ne kaip prigimtinio nuodėmingumo studiją. Dabar tarkime, jog kas nors jus apkaltina perdirbinėjant „tikrąjį" romaną tam, kad sukurtumėte kitokį, jums labiau patinkantį romaną. Jeigu jis turi galvoje tai, kad „tikrasis" romanas gali būti identifikuotas kokiu nors kitu būdu nei tos rūšies interpretacijos, kurią jūs atlikote, procese, tai jis klaidingai supranta ne tik grandinės romano projektą, bet ir literatūros ir kritikos esmę. Žinoma, jis gali turėti galvoje tik tai, jog jis nesutinka su tam tikrais konkrečiais interpretaciniais ir estetiniais įsitikinimais, kuriais jūs rėmėtės. Tuo atveju jūsų nesutarimas yra ne tas, jog jis mano, kad jūs turėtumėte gerbti tekstą, tuo tarpu jūs manote, kad esate laisvas jį ignoruoti. Jūsų nesutarimas yra įdomesnis: jūs nesutariate, ką reiškia gerbti šį tekstą.

TEISĖ: EMOCINĖS ŽALOS KLAUSIMAS

Teisė kaip integrali visuma iš teisėjo, sprendžiančio tradicinę bylą, tokią kaip *McLoughlin,* reikalauja save suvokti kaip autorių bendrosios teisės grandinėje. Jis žino, kad kiti teisėjai sprendė bylas, kuriose, nors jos ir ne visiškai tokios kaip jo sprendžiamoji, dorotasi su panašiomis problemomis; jis privalo apie jų sprendimus galvoti kaip apie dalį ilgos istorijos, kurią jis turi interpretuoti, o tada tęsti, pagal savo paties supratimą, kaip besirutuliojančią istoriją padaryti kiek įmanoma geresnę. (Žinoma, geriausia istorija jam reiškia – geriausia politinės moralės, o ne estetikos požiūriu.) Dar kartą galime padaryti preliminarią perskyrą tarp dviejų svarbiausių šio interpretacinio sprendimo dimensijų. Teisėjo sprendimas – jo pointerpretacinės išvados – turi būti išvestas iš interpretacijos, kuri ir dera su ligšioline

praktika, ir ją pateisina – tiek, kiek tai įmanoma. Tačiau teisėje, kaip ir literatūroje, dermės ir pateisinimo santykis yra sudėtingas. Lygiai kaip interpretacija iš grandinės romano vidaus perspektyvos kiekvienam interpretuotojui reiškia delikatų balansą tarp skirtingų tipų literatūrinių ir meninių pažiūrų, taip ir teisėje interpretacija reiškia delikatų balansą tarp įvairių rūšių politinių įsitikinimų; teisėje, kaip ir literatūroje, jie turi būti pakankamai susiję, bet ir savarankiški, kad būtų įmanomas visa apimantis sprendimas, randantis kompromisą tarp interpretacijos sėkmės pagal vieno tipo standartą ir jos nesėkmės pagal kito tipo standartą. Turiu pamėginti parodyti šią sudėtingą teisinės interpretacijos struktūrą, ir tam tikslui įsivaizduosiu antžmogiškos intelektualinės galios ir kantrybės teisėją, pripažįstantį teisės kaip integralios visumos sampratą.

Pavadinkime jį Herakliu.[4] Šiame ir keliuose artimiausiuose skyriuose mes stebėsime jo karjerą, kreipdami dėmesį į sprendinių, kuriuos jis turi padaryti, tipus ir įtampas, kurias jis turi išspręsti spręsdamas įvairias bylas. Tačiau noriu iš anksto įspėti štai dėl ko. Neturėtume tarti, kad jo atsakymai į tuos įvairius klausimus, su kuriais jis susiduria, galutinai *apibrėžia* teisės kaip integralios visumos sampratą kaip bendrą teisės sampratą. Tie atsakymai yra atsakymai, kuriuos dabar manau esant geriausius. Tačiau teisės kaip integralios visumos samprata yra perspektyva *(an approach)*, klausimai, o ne atsakymai, ir kiti teisininkai bei teisėjai, kurie ją pripažįsta, pateiktų skirtingus nei jo atsakymus į jo keliamus klausimus. Jūs galėtumėte manyti, kad kitokie atsakymai būtų geresni. (Taip galėčiau manyti ir aš, ilgiau pamąstęs.) Pavyzdžiui, galėtumėte atmesti Heraklio pažiūras į tai, kokiu mastu žmonių juridinės teisės priklauso nuo to pagrindimo, kurį praeities teisėjai suteikė savo sprendimams, suteikiantiems galią toms teisėms, arba galėtumėte, kitaip nei jis, nepuoselėti tokios pagarbos tam, ką aš vadinsiu „lokaliuoju prioritetu" bendrosios teisės sprendimuose. Tačiau jeigu jūs atmetate tas diskrečias pažiūras dėl to, kad manote, jog jos yra netikusios teisinės praktikos konstruktyvinės interpretacijos, – jūs ne atmetate teisės kaip integruotos visumos sampratą, o įsitraukiate į jos projektą.

Šešios interpretacijos

Heraklis turi išspręsti *McLoughlin* bylą. Abi šalys toje byloje rėmėsi precedentais; kiekviena argumentavo, kad sprendimas jos naudai būtų ligtolinės praktikos tąsa, istorijos, pradėtos teisėjų, sprendusių tuos precedentinius atvejus, tęsinys. Heraklis turi susidaryti savo požiūrį į tą dalyką. Lygiai kaip grandinės romanistas privalo, jeigu gali, rasti kokį nors koherentišką požiūrį į veikėją ir temą, tokį, kad vienas hipotetinis autorius, turintis tą požiūrį, būtų galėjęs parašyti mažų mažiausiai didžiumą romano iki tos vietos, Heraklis turi, jei gali, rasti kokią nors koherentišką teoriją, pagrindžiančią juridines teises į kompensaciją už emocinę žalą, tokią teoriją, kurios besilaikantis vienas politinis pareigūnas būtų galėjęs gauti daugumą tų rezultatų, kuriuos dokumentuoja precedentai.

Jis yra rūpestingas teisėjas – teisėjas, turintis metodą. Iš pradžių jis išdėsto įvairias kandidates į geriausią precedentinių atvejų interpretaciją, dar iki juos perskaitydamas. Tarkime, jis sudaro štai kokį rinktinių kandidačių sąvadą: (1) niekas neturi moralinės teisės į jokią kitokią kompensaciją, išskyrus kompensaciją už fizinį sužalojimą. (2) Žmonės turi moralinę teisę į kompensaciją už emocinę žalą, patirtą nelaimės įvykio vietoje, kiekvieno, kurio neatsargumas lėmė nelaimingą atvejį, atžvilgiu, tačiau neturi teisės į kompensaciją už emocinę žalą, patirtą vėliau. (3) Žmonėms turi būti skiriama kompensacija už emocinę žalą, kai kompensacijos išreikalavimo praktika tomis aplinkybėmis sumažintų bendrą avarijų kainą ar kaip kitaip darytų bendruomenę turtingesnę ilgalaikėje perspektyvoje. (4) Žmonės turi moralinę teisę į kompensaciją už bet kokią žalą, emocinę ar fizinę, kuri yra tiesioginė aplaidaus elgesio pasekmė, nesvarbu kiek netikėtina ar nenumatoma yra tai, kad toks elgesys lems tokią žalą. (5) Žmonės turi moralinę teisę į kompensaciją už emocinę ar fizinę žalą, kuri yra aplaidaus elgesio pasekmė, tačiau tik tuo atveju, jeigu galima teigti, kad nerūpestingai veikęs žmogaus galėjo tą žalą numatyti. (6) Žmonės turi moralinę teisę į kompensaciją už žalą, kurią galima teigti buvus galimą numatyti,

tačiau ne tomis aplinkybėmis, kai tokios teisės pripažinimas neatsargiai veikusius žmones prislėgtų sunkia ir destruktyvia finansine našta, proporcinga jų moralinei kaltei.

Tai vis reliatyviai konkretūs teiginiai apie teises ir, turint omenyje galimą 3-io teiginio sudėtingumą, kurį tuoj pat aiškinsimės, jie vienas kitam prieštarauja. Vienoje emocinės žalos atvejų interpretacijoje gali figūruoti ne daugiau nei vienas iš jų. (Aš atidedu sudėtingesnį atvejį, kai Heraklis interpretaciją konstruoja, rinkdamasis iš konkuruojančių, o ne prieštaraujančių principų, t. y. iš principų, kurie gali gyvuoti drauge visa apimančioje moralinėje ar politinėje teorijoje, nors kartais jie stumia į skirtingas puses.)[5] Vis dėlto tai tik dalinis prieštaringų interpretacijų, kurias kas nors gali panūsti svarstyti, sąrašas; Heraklis jas pasirenka kaip savo pradinį rinktinių interpretacijų sąvadą, nes žino, kad principai, reprezentuojami šių interpretacijų, iš tikrųjų buvo diskutuojami teisinėje literatūroje. Akivaizdu, jog viską lems jo nuomonė, kuris iš šių principų teikia geriausią precedentų interpretaciją, taigi ir impulsą jo pointerpretaciniam sprendimui. Jeigu jis apsisprendžia pasirinkti 1-ą arba 2-ą, tai privalo priimti ponui O'Brienui palankų sprendimą; jeigu 4-ą – poniai McLoughlin palankų sprendimą. Kiekviena iš visų kitų pareikalaus ilgesnių apmąstymų, tačiau samprotavimo linija, sugestijuojama kiekvienos iš jų, yra skirtinga. 3-ioji reikalauja ekonominės kalkuliacijos. Ar teisinės atsakomybės taikymas už emocinę žalą, patiriamą už nelaimingo įvykio vietos, sumažintų avarijų kainą? Arba: ar yra koks nors pagrindas manyti, kad pati efektyviausia linija – tai linija, nubrėžiama būtent tarp emocinės žalos įvykio vietoje ir emocinės žalos už įvykio vietos? 5-oji reikalauja sprendimo dėl žalos numatomumo, sprendimo, kuris atrodo visai kitoks, o 6-oji reikalauja sprendimo tiek dėl numatomumo, tiek dėl finansinės atsakomybės rizikos augimo, jeigu įtraukiamas tam tikras sužalojimas už įvykio vietos.

Heraklis pradeda testuoti kiekvieną interpretaciją, įtrauktą į rinktinių interpretacijų sąvadą, klausdamas, ar vienas politinis pareigūnas būtų galėjęs priimti tų precedento atvejų nutartis, jeigu tas pareigūnas būtų sąmoningai ir nuosekliai teikęs galią principams, kurie

formuoja interpretaciją. Todėl jis iš karto atmes 1-ą interpretaciją. Tas, kuris manė, kad žmonės niekuomet neturi teisių į kompensaciją už emocinę žalą, nebūtų galėjęs gauti tų praeities sprendimų, kuriais buvo remiamasi *McLoughlin* byloje, rezultatų, leidusių skirti kompensaciją. Heraklis atmes ir 2-ą interpretaciją, tačiau dėl kitos priežasties. Kitaip negu 1-oji, 2-a interpretacija dera su praeities sprendimais; tas, kuris pripažino 2-ąją kaip standartą, būtų padaręs šiuos sprendimus, nes jie visi leido skirti kompensaciją už emocinę žalą įvykio vietoje ir nė vienas neleido skirti kompensacijos už sužalojimą už įvykio vietos. Tačiau 2-a interpretacija yra nevykusi kaip reikalaujamos rūšies interpretacija, nes nenusako jokio teisingumo principo. Ji nubrėžia liniją, palikdama ją arbitralią ir nesusietą su jokia bendresne moraline ar politine motyvacija.

Ką galima pasakyti apie 3-ią interpretaciją? Ji galėtų derėti su praeities sprendimais, bet tik štai kokiu būdu. Heraklis gali ekonomine analize atskleisti, kad tas, kuris pripažino ekonominę teoriją, reiškiamą 3-ios interpretacijos, ir kuris norėjo sumažinti nelaimingų atsitikimų kainą bendruomenei, būtų padaręs būtent tokius sprendimus. Tačiau toli gražu nėra akivaizdu, kad 3-ia interpretacija nusako kokį nors teisiškumo ar teisingumo principą. Prisiminkime ankstesnio skyriaus pabaigoje aptartą perskyrą tarp principų ir politinių nuostatų. 3-ia interpretacija suponuoja, kad sumažinti nelaimingų atvejų kainą bendruoju mastu yra pageidautina. Kodėl? Įmanomi du paaiškinimai. Pirmasis tvirtina, kad žmonės turi teisę į kompensaciją visuomet, kai norma, numatanti kompensaciją, produkuotų daugiau gerovės bendruomenei bendruoju mastu nei jos nenumatanti norma. Šitai turi bent jau principo formą, nes čia aprašoma bendra teisė, kurią kiekvienas turi turėti. Aš dabar nereikalausiu iš Heraklio svarstyti 3-ią interpretaciją, suprantamą būtent taip, nes jis ją labai atidžiai nagrinės 8-ame skyriuje. Antrasis, visai kitoks, paaiškinimas sugestijuoja, kad kartais, ar netgi visuomet, bendrasis bendruomenės interesas yra tokiu būdu skatinti bendrąją gerovę, tačiau tai nesuponuoja, jog kas nors turi kokią nors teisę į tai, kad socialinė gerovė visuomet būtų didinama. Todėl šis paaiškinimas teikia politinę nuostatą, kurią val-

džia galėtų apsispręsti diegti arba ne diegti tam tikromis konkrečiomis aplinkybėmis. Jis neišsako teisiškumo principo, taigi negali figūruoti tos rūšies interpretacijoje, kurios dabar ieško Heraklis.[6]

Teisė kaip integrali visuma iš teisėjų reikalauja tarti, – kiek tai įmanoma, – kad teisę struktūruoja koherentiškas teisiškumo, teisingumo ir deramo procedūrinio proceso principų kompleksas, ir tais naujais atvejais, kurie jiems tenka, ji reikalauja teisei teikti galią taip, kad kiekvieno asmens situacija būtų teisinga ir teisiška pagal tuos pačius standartus. Šis bylų sprendimo stilius gerbia ambiciją, kurią numato integralumas, ambiciją būti principo bendruomene. Tačiau, kaip matėme 6-o skyriaus pabaigoje, integralumas nerekomenduoja vieno dalyko, kurį laiko klaidingu, – kad mes visi kiekviena proga turėtume būti reguliuojami tų pačių politinio kurso tikslų ir strategijų. Jis netvirtina, kad legislatūra, kuri, siekdama padaryti bendruomenę turtingesnę kaip visumą, šiandien išleidžia kompensacijos normų kompleksą, kaip nors yra įsipareigojusi tarnauti tam pačiam politinio kurso tikslui ir rytoj. Juk vėliau ji galėtų turėti kitų siektinų tikslų, nebūtinai aukojant materialinę gerovę – jų galėtų būti siekiama greta jos, ir integralumas nėra nepalankus tokiai įvairovei. Mūsų interpretacijos aiškinimas ir jo motyvuojamas 3-ios interpretacijos, suprantamos kaip nuoga apeliacija į politinę nuostatą, eliminavimas atspindi skyrimą, latentiškai glūdintį pačiame integralumo ideale.

McLoughlin bylos kontekste tą pačią išvadą prieiname kitu keliu – toliau reflektuodami tai, ką sužinojome apie interpretaciją. Interpretacija siekia tai, ką interpretuoja, parodyti palankiausioje, kokia tik įmanoma, šviesoje, todėl bet kokios mūsų teisės dalies interpretacija turi paisyti ne tik ankstesnių pareigūnų padarytų sprendimų turinio, bet ir to, kaip – kokių pareigūnų kokiomis aplinkybėmis – šie sprendimai buvo padaryti. Legislatūrai nereikia principo motyvų pateisinti savo išleidžiamoms normoms dėl vairavimo, įskaitant normas dėl kompensacijos už eismo nelaimes, nors šios normos sukurs teises ir pareigas ateičiai, kurios tada bus įgyvendinamos grasinimu galia. Savo sprendimą sukurti naujas teises ateičiai legislatūra gali pateisinti parodydama, kaip jos prisidės, kaip racionalaus politinio kurso dalykas, prie

bendruomenės kaip visumos bendrojo masto gerovės. Tokį pateisinimą, kaip pažymėjome 6-ame skyriuje, varžo tam tikri varžtai. Bendroji gerovė negali būti naudojama pateisinti mirties bausmei už neatsargų vairavimą. Tačiau legislatūrai nereikia parodyti, kad piliečiai jau turi moralinę teisę – moralinę teisę į kompensaciją už sužalojimą tam tikromis aplinkybėmis, – kad pateisintų įstatymą, numatantį nuostolių kompensavimą tokiomis aplinkybėmis.

Tačiau teisės kaip integralios visumos samprata taria, kad teisėjų padėtis yra visai kitokia nei teisės kūrėjų. Su principo bendruomenės pobūdžiu nedera reikalavimas, kad teisėjas turėtų turėti įgaliojimus taikyti žmonėms teisinę atsakomybę, įpareigojančią kompensuoti tam tikrų jų veiksmų nulemtą žalą, kai, jo pripažinimu, jie neturėjo jokios teisinės pareigos taip neveikti. Taigi kai teisėjai konstruoja teisinės atsakomybės normas, kurios nebuvo pripažįsatmos iki tol, jie nėra laisvi tuo būdu, kuriuo, kaip ką tik sakiau, yra laisvi teisės kūrėjai. Teisėjai savo sprendimus dėl tradicinės teisės turi daryti principo, o ne politinės nuostatos pagrindu: jie privalo pasitelkti argumentus, kodėl bylos šalys tuo metu, kai veikė, arba kokiu nors kitu rūpimu metu praeityje turėjo tas „naujoviškas" juridines teises ir pareigas, kurioms jie teikia galią.[7] Teisinis pragmatistas atmestų šį teiginį. Tačiau Heraklis atmeta pragmatizmą. Jis vadovaujasi teisės kaip integralios visumos samprata ir todėl ieško tokios teisėjų veiksmų ankstesnėse emocinės žalos bylose interpretacijos, kuri parodo juos veikiant tokiu būdu, kuriam jis pritaria, o ne veikiant taip, kaip, jo manymu, teisėjai turi vengti veikti. Iš to nedera daryti išvados, kad jis turi atmesti 3-ią interpretaciją, suprantamą pirmuoju mano aprašytu būdu, kaip suponuojančią, jog praeities teisėjai savo veiksmais siekė apginti nuostatą, kad bendrajai juridinei teisei į kompensaciją galia teiktina visada, kai tai bendruomenę padarys turtingesnę. Mat jeigu žmonės iš tikrųjų turi tokią teisę, kiti turi atitinkamą pareigą, ir teisėjai neveikia neteisiškai, duodami nurodymus policijai ją įgyvendinti. Šis argumentas diskvalifikuoja 3-ią interpretaciją tik tuo atveju, kai ši suprantama kaip nepripažįstanti jokios tokio pobūdžio bendros pareigos ir kaip pagrįsta vien tik politine nuostata.

Aprėpties plėtra

Tačiau 4-a, 5-a ir 6-a interpretacijos, atrodo, atlaiko šiuos pradinius testus. Kiekvienos iš jų principai, bent jau iš pirmo žvilgsnio, dera su praeities sprendimais dėl emocinės žalos jau vien dėl to, kad nė vienas iš tų precedentų neteikia faktų, kurie jas kaip nors atskirtų. Dabar, įžengdamas į kitą savo nagrinėjimo etapą, Heraklis privalo paklausti, ar bent vieną iš šių trijų interpretacijų reikia pašalinti dėl to, kad ji yra nesuderinama su didžiuma teisės praktikos, imant plačiau. Jis privalo kiekvieną interpretaciją testuoti kitų praeities teisminių sprendimų, kuriuos būtų galima manyti esant pagrįstus ta interpretacija, atžvilgiu, greta tų, kurie susiję su emocine žala. Tarkime, jog jis atskleidžia, pavyzdžiui, kad praeities sprendimai teikė kompensaciją už neatsargaus vairavimo nulemtą fizinį sužalojimą tik tuo atveju, jei buvo galima teigti sužalojimą buvus galimą numatyti. Tai eliminuotų 4-ą interpretaciją, jeigu jis negali rasti kokios nors principu pagrįstos perskyros tarp fizinio ir emocinio sužalojimo, paaiškinančios kodėl kompensacijos sąlygos pirmojo atveju turi būti griežtesnės negu antrojo, ir atrodo labai neįtikėtina, kad ji galėtų pateikti tokį pagrindimą.

Taigi teisės kaip integralios visumos samprata iš teisėjo reikalauja bet kurios stambaus jo bendruomenės politinių struktūrų ir sprendimų tinklo dalies interpretaciją testuoti klausiant, ar ji gali sudaryti dalį koherentiškos teorijos, pateisinančios tą tinklą kaip visumą. Joks tikras teisėjas negalėtų sukurti nieko net ir tik artimo išsamiai iš karto visos jo bendruomenės teisės interpretacijai. Štai kodėl mes įsivaizduojame heraklišką teisėją, turintį antžmogiškų gabumų ir be galo daug laiko. Tačiau tikras teisėjas gali ribotai imituoti heraklišką teisėją. Jis gali išplėsti savo interpretacijos aprėptį, siaurą fokusą, apimantį tik svarstomuosius atvejus, išplėsdamas tiek, kad aprėptų kitus atvejus toje pačioje bendroje teisės srityje ar padalinyje, o tada – dar toliau, tiek, kiek tai atrodo tikslinga. Praktiškai net šis ribotas procesas daugiausia bus nesąmoningas: prityręs teisėjas turės pakankamą srities, supančios jo dabar sprendžiamą problemą, pa-

jautą, kad instinktyviai žinotų, kuri nedidelio atvejų komplekso interpretacija atsilaikytų, daugiau atvejų aprėpiančiu žvilgsniu pažvelgus, ar ji dera ir su tais atvejais. Tačiau kartais toks išplėtimas bus sąmoningas ir kontroversiškas. Teisininkai mini daugybę tokio pobūdžio sprendimų, įskaitant tuos kelis, kuriais buvo pagrįsta modernioji aplaidumo atvejus reguliuojanti teisė *(law of negligence)*.[8] Akademiniai tyrimai pateikia kitų svarbių pavyzdžių.[9]

Tarkime, jog nežymus Heraklio tyrimo aprėpties išplėtimas iš tikrųjų įgalina parodyti, kad ieškovai neturi teisės į kompensaciją, jeigu jų fizinio sužalojimo negalima sakyti buvus galimo numatyti tuo metu, kai nerūpestingasis atsakovas veikė, taigi eliminuoja 4-ą interpretaciją. Tačiau tai neeliminuoja 5-os ar 6-os interperetacijos. Jis turi toliau plėsti savo apžvalgos lauką. Jis turi atsižvelgti ir į tuos atvejus, kurie yra susiję veikiau su ekonominiais nei fiziniais ar emociniais sužalojimais, kai žala yra potencialiai labai didelė: pavyzdžiui, jis turi matyti bylas, kuriose profesionalūs konsultantai, kaip antai kontrolieriai ar finansininkai, yra patraukiami baudžiamojon atsakomybėn dėl nuostolių, kuriuos dėl jų aplaidumo patiria kiti. 5-a interpretacija sugestijuoja, kad tokia teisinė atsakomybė galėtų būti neribota dydžio atžvilgiu, kad ir kokia destruktyvi būtų galutinė suma, su sąlyga, jog žala yra tokia, kurią buvo galima numatyti, o 6-a, priešingai, sugestijuoja, kad teisinė atsakomybė yra ribotina būtent dėl grėsmingų sumų, kurios galėtų susidaryti priešingu atveju. Jeigu vienai interpretacijai vieningai prieštarauja tos rūšies atvejai ir ji neranda jokios atramos jokioje kitoje doktrinos apimamoje srityje, į kurią Heraklis galėtų vėliau pasigilinti, o kita, išplėtus svarstymą, pasitvirtina, tai pirmąją jis laikys netinkama, ir tik antroji bus atlaikiusi testą. Tačiau tarkime, kad išplėtęs savo studiją jis šitokiu būdu atranda mišrų modelį. Praeities sprendimai leidžia taikyti išplėstąją teisinę atsakomybę kai kurių profesijų atstovams, tačiau neleidžia – kitų profesijų astovams, ir šis mišrus modelis galioja kitose doktrinos srityse, kurias Heraklis, pasitelkdamas savo vaizduotės galią, mano esant svarbias.

Prieštaravimas, kurį jis atskleidė, nors ir tikras, nėra savaime toks gilus ar visa smelkiantis, kad pateisintų skeptinę teisinės praktikos

kaip visumos interpretaciją, mat neribotos atsakomybės už žalą problema, nors ir svarbi, nėra tokia fundamentali, kad su ja susijęs prieštaravimas sugriautų didesnės sistemos integralumą. Tad Heraklis atsigręžia į antrą pagrindinę dimensiją, tačiau čia, kaip grandinės romano pavyzdyje, vėl iškyla dermės klausimas, nes interpretacija yra *pro tanto* priimtinesnė, jeigu ji žada mažiau žalos integralumui negu jos varžovė. Todėl jis svarstys, ar 5-a interpretacija geriau negu 6-oji atitinka išplėstąjį teisinį archyvą. Tačiau tai negali būti tiesiog mechaninis sprendimas; jis negali paprasčiausiai suskaičiuoti praeities sprendimus, kuriuos – pagal kiekvieną iš interpretacijų – reikia pripažinti „klaidomis". Juk tie skaičiai gali atspindėti tik atsitiktinumus, tokius kaip ginčų, aplinkybių valia pasiekusių teismą dėl to, kad nebuvo išspręsti iki jo nutarties, skaičius. Jis turi atsižvelgti ne tik į sprendimų, kurie yra atsižvelgtini pagal kiekvieną iš interpretacijų, skaičių, bet ir į tai, ar sprendimai, išreiškiantys vieną principą, atrodo svarbesnės ar fundamentalesnės ar platesnės apimties negu sprendimai, išreiškiantys kitą. Tarkime, jog 6-a interpretacija dera tik su tais praeities teismo sprendimais, kurie susiję su kaltinimais aplaidumu, pateiktais vienos konkrečios profesijos atstovams – sakykime, teisėjams, – o 5-a interpretacija pateisina visas kitas bylas, susijusias su visomis kitomis profesijomis, taip pat dera ir su kitų rūšių ekonominės žalos bylomis. Tuomet 5-a interpretacija apskritai geriau dera su teisės archyvu – net jeigu teisininkams iškeltų bylų skaičius yra dėl kokios nors priežasties statistiškai didesnis, – jeigu argumentas nepatiria dar vienos permainos, kaip kad visai galėtų atsitikti, kai tyrimo laukas išsiplečia dar labiau.

Dabar įsivaizduokime kitokią galimybę: kad, nors teisinė atsakomybė iš tikrųjų daugeliu įvairių atvejų buvo apribota tiek, kad buvo mažesnė nei leistų 5-a interpretacija, nuomonės, pridėtos prie tų bylų, niekaip neužsimena apie 6-os interpretacijos principą, kuris iš tikrųjų niekuomet iki tol nebuvo pripažintas oficialiojoje teisminėje retorikoje. Ar tai rodo, kad 5-a interpretacija dera su teisės archyvu daug geriau, ar kad 6-a interpretacija galiausiai yra netinkama? Iš tiesų teisėjai nesutaria šiuo dermės klausimu. Kai kurie rimtai nesvarsty-

tų 6-os interpretacijos, jeigu jokia praeities teisminė nuomonė ar legislatyvinis dokumentas niekuomet eksplicitiškai neminėjo jos tvirtinamo principo. Kiti šį varžtą atmeta ir pripažįsta, kad geriausia tam tikros bylų grandinės interpretacija gali glūdėti principe, kuris niekuomet nebuvo pripažintas eksplicitiškai, bet, nepaisant to, teikia puikų esamų sprendimų paaiškinimą, parodydamas juos palankesnėje šviesoje negu bet kada iki šiol.[10] Heraklis imsis šio klausimo kaip specialaus politinės moralės klausimo. Politinė bendruomenės istorija, mano jis, yra *pro tanto* geresnė, jeigu savo visuomenei, per savo rašytines nuomones, aiškiai parodo kelią, kurio laikysis vėlesni teisėjai, besivadovaujantys integralumu, ir jeigu teisėjus parodo darant sprendimus, kurie suteikia ne tik galią, bet ir balsą įsitikinimams apie moralę, kurie yra plačiai paplitę bendruomenėje. Be to, teisėjų nuomonės, derama forma paskelbiamos teisės ataskaitose, pačios yra personifikuotosios bendruomenės aktai, kurie, ypač jeigu neseni, turi būti aprėpti integralios žiūros.[11] Tokie motyvai, tarp kitų, įeina į jo motyvaciją būti kiek palankesniam interpretacijai, kuri nėra pernelyg naujoviška, ne pernelyg atsijusi nuo to, ką praeities teisėjai ir kiti pareigūnai pasakė, kaip ir nuo to, ką jie padarė. Tačiau jis turi pažvelgti į šiuos motyvus savo substancialesnių politinių įsitikinimų dėl tų dviejų interpretacijų reliatyvios moralinės vertės atžvilgiu, ir jeigu jis mano, kad tokios perspektyvos požiūriu daug pranašesnė yra 6-a interpretacija, jis manys, kad teisės archyvui suteikia apskritai geresnę reikšmę, ją pasirinkdamas net ir labiau procedūrinių vertybių sąsakaita. Atitikti tai, kas padaryta, yra svarbiau, nei atitikti tai, kas pasakyta.

Dabar įsivaizduokime dar nevieningesnį archyvą. Heraklis nustato, kad neribota teisinė atsakomybė buvo taikoma kai kurių profesijų atžvilgiu, tačiau nebuvo taikoma kitos beveik tokio paties dydžio profesijų grupės atžvilgiu, kad joks principas negali paaiškinti šios perskyros, kad teisminė retorika yra tokia pat nevientisa kaip ir padarytieji sprendimai ir kad šis nevientisumas būdingas ir kitų rūšių veiksmams, taikytiems dėl ekonominės žalos. Jis galėtų išplėsti savo apžvalgos lauką dar labiau, ir vaizdas galėtų pasikeisti, jeigu jis tai padarytų. Tačiau tarkime, jog jį tenkina šis apžvalgos mastas. Tuo-

met jis nuspręs, kad dermės klausimas nebegali atlikti jokio naudingo vaidmens, jam sprendžiant, – net ir pagal antrąją dimensiją. Jis dabar turi pabrėžti tuos šios dimensijos aspektus, kurie yra akivaizdžiau substantyvūs: jis turi nuspręsti, kuri interpretacija teisės archyvą parodo esant geriausią, koks tik jis gali būti, substantyvios politinės moralės požiūriu. Jis sukonstruotų ir palygintų du pasakojimus. Pirmasis suponuoja, kad personifikuotoji bendruomenė yra priėmusi ir įgyvendina numatomumo principą kaip moralinės atskomybės už aplaidumo nulemtą žalą testą, ir kad įvairiais savo sprendimais ji norėjo suteikti galią tam principui, nors dažnai būdavo jam neištikima ir numatomumo požiūriu priimdavo smerktinus sprendimus. O antrasis suponuoja, kad bendruomenė yra priėmusi ir įgyvendina numatomumo principą, ribojamą tam tikro teisinės atsakomybės bendrojo reglamento, nors yra ne kartą išdavusi šį principą. Kuris pasakojimas parodo bendruomenę politinės moralės požiūriu, atsižvelgiant į viską, palankesnėje šviesoje?

Heraklio atsakymas priklausys nuo jo įsitikinimų dėl dviejų mūsų svarstytųjų sudedamųjų politinės moralės dorybių: teisiškumo ir teisingumo.[12] Kitaip tariant, atsakymas priklausys ne tik nuo jo nuomonių dėl to, kuris iš šių principų yra pranašesnis abstraktaus teisingumo požiūriu, bet taip pat nuo to, katruo dera vadovautis kaip politinio teisingumo dalyku bendruomenėje, kurios nariai turi tokius moralinius įsitikinimus, kokius turi jo bendrapiliečiai. Kai kuriais atvejais šios dvi sprendinio rūšys – teisiškumo sprendinys ir teisingumo sprendinys – tarpusavyje derės. Jeigu ir Heraklis, ir plačioji visuomenė laikosi pažiūros, kad visuomet, kai žmonės sužalojami per kitų neatsargumą, tie žmonės turi teisę gauti visų nuostolių kompensaciją, neatsižvelgiant į tai, koks nuožmus gali pasirodyti esąs šis reikalavimas, tai jis manys, kad iš dviejų turimų interpretacijų 5-oji yra akivaizdžiai geresnė. Tačiau tie du sprendiniai kartais kreips skirtingomis kryptimis. Jis gali manyti, kad 6-a interpretacija yra geresnė sprendžiant abstraktaus teisiškumo pagrindais, tačiau žinoti, kad tai yra radikali pažiūra, kurios nesilaiko jokia bent kiek svaresnė visuomenės dalis ir kuri nežinoma jo meto politinėje ir moralinėje

retorikoje. Tada jis galėtų nuspręsti, kad pasakojimas, anot kurio valstybė atkakliai laikosi pažiūros, kurią jis mano esant teisingą, tačiau tai daro prieš žmonių kaip visumos norus, yra, viską pasvėrus, varganesnė istorija. Šiomis aplinkybėmis pirmenybę jis teiktų teisingumui, o ne teisiškumui, ir ta preferencija atspindėtų aukštesnį jo paties politinių įsitikinimų lygmenį, būtent jo įsitikinimus apie tai, kaip gera valdžia, įsipareigojusi tiek teisingumui, tiek teisiškumui, turėtų spręsdama bylas spręsti jų ginčą tokiu atveju.

Teisingumo *(fairness)* idėją, tai yra vaidmenį, kurį idealiu atveju kiekvieno piliečio nuomonė turėtų vaidinti valstybės sprendime dėl to, kokie teisiškumo principai įgyvendintini pasitelkiant centrinę policinę galią, skirtingi teisėjai supras skirtingai. Skirsis jų aukštesniojo lygmens nuomonės dėl geriausio konfliktų tarp šių dviejų politinių idealų sprendimo. Neįtikėtina, kad koks nors teisėjas laikytųsi viską kraštutinai supaprastinančios teorijos, jog pirmenybė turi būti automatiškai teikiama teisingumui, ne teisiškumui, arba *vice versa*. Dauguma teisėjų manys, kad pusiausvyra tarp bendruomenės nuomonių ir abstraktaus teisingumo reikalavimų skirtingais atvejais turi būti nustatoma skirtingai. Galbūt paprastose komercinės ar nuosavybės santykius reguliuojančiose bylose, tokiose kaip *McLoughlin* byla, populiariąja morale paremta interpretacija, bus laikoma pranašesne už tą, kurios ta moralė neremia, su sąlyga, kad nemanoma, jog dėl jos itin nukentės abstraktusis teisingumas. Tačiau daugelis teisėjų interpretacinę populiariosios moralės galią manys esant daug silpnesnę konstitucinėse bylose, tokiose kaip *Brown* byla, nes manys, kad konstitucijos tikslas iš dalies yra apsaugoti individus nuo to, ką dauguma laiko teisingu.[13]

Lokalusis prioritetas

Privalau atkreipti ypatingą dėmesį į vieną Heraklio praktikos bruožą, kuris iki šiol dar aiškiai neišryškėjo. Jo sprendinių dėl dermės apimtis koncentriniais ratais išsklinda platyn nuo jo nagrinėjamo atvejo. Jis klausia, kurios interpretacijos jo pradiniame sąraše dera su

emocinės žalos atvejais praeityje, tuomet – kurios dera su žalos, asmens patiriamos dėl nelaimingų įvykių, atvejais bendresne prasme, tada – kurios atitinka atvejus, kai nukentėjo ekonominiai interesai, ir taip toliau, su kiekvienu žingsniu į kitą sritį vis labiau ir labiau toldamas nuo pradinio *McLoughlin* bylos klausimo. Ši procedūra teikia tam tikrą lokalią pirmenybę tam, ką galėtume pavadinti teisės „padaliniais". Jeigu Heraklis mano, kad nelaimingų įvykių žalos bylos jo jurisdikcijos srityje nė vienam iš tų dviejų principų aiškiai neprieštarauja, jis išplečia savo studiją apimdamas, tarkime, sutarčių bylas, kad pamatytų, kuris iš šių principų, – jeigu apskritai kuris nors iš jų, – geriau dera su sutarties sprendimais. Tačiau, Heraklio požiūriu, jeigu vienas principas iš viso nedera su nelaimingų įvykių žalą reguliuojančia teise, – jeigu jam prieštarauja kone kiekvienas tos srities, kuri būtų galėjusi jį patvirtinti, sprendimas, – šitai yra labai stiprus įrodymas, kad tai netinkama to teisės korpuso interpretacija, net jei ji puikiai dera su kitomis teisės sritimis. Tačiau šios lokaliosios pirmenybės doktrinos jis nelaikys absoliučia; kaip netrukus pamatysime, tam tikromis aplinkybėmis jis bus pasirengęs ją paaukoti.

Teisės sąskaida į atskirus padalinius yra iškilus teisinės praktikos bruožas. Teisės mokyklos skirsto kursus, o jų bibliotekos skirsto traktatus taip, kad emocinę žalą atskirtų nuo ekonominio ar fizinio sužalojimo, intencišką teisės pažeidimą nuo netyčinio pažeidimo, pažeidimą nuo nusikaltimo, sutartį reguliuojančią teisę – nuo kitų bendrosios teisės dalių, nuosavybės santykius reguliuojančią teisę – nuo viešuosius santykius reguliuojančios, o konstitucinę teisę – nuo kitų viešosios teisės dalių. Teisiniai ir teisminiai argumentai gerbia šias tradicines perskyras. Paprastai teisminių nuomonių pradžioje aptariamoji byla priskiriama kokiam nors teisės padaliniui, o svarstomieji precedentai ir įstatymai paprastai imami vien tik iš to padalinio. Dažnai pradinė klasifikacija yra ir kontroversiška, ir lemiamos reikšmės.

Sąskaida tenkina ir konvencionalizmą, ir pragmatizmą, nors ir dėl skirtingų priežasčių. Teisės padalinių sistema yra pagrįsta tradicija, o tai iš pažiūros remia konvencionalizmą, be to, padaliniai įgalina strategiją, kuria gali manipuliuoti pragmatistas, praktikuodamas savo kil-

nųjį melą: jis gali paaiškinti, kad jo nauja doktrina neturi derėti pagal principą su praeities sprendimais, nes šie, deramai suprantant, priklauso kitam padaliniui. Teisės kaip integruotos visumos sampratos santykis su teisės padalinių faktu yra sudėtingesnis. Apskritai ji kritiškai žiūri į teisės skirstymą į uždarus padalinius, nes bylų sprendimo integralumo principas reikalauja iš teisėjų teisę pagal išgales daryti koherentišką kaip visumą, o tai būtų galima padaryti geriau, ignoruojant akademines ribas ir kai kuriuos teisės padalinius reformuojant taip, kad būtų artėjama radikalaus tikslo padaryti juos pagal principą labiau derančius su kitais link.[14] Tačiau teisės, kaip integralios visumos, samprata yra interpretacinė, o sąskaida yra teisinės praktikos bruožas, kurio negali ignoruoti jokia kompetentinga interpretacija.

Į šiuos konkuruojančius impulsus Heraklis reaguoja ieškodamas konstruktyvinės tos sąskaidos interpretacijos. Jis mėgina rasti teisės skirstymo į padalinius praktikos paaiškinimą, kuris tą praktiką parodytų kuo palankiausiai. Ribos tarp padalinių paprastai atitinka populiariąją nuomonę; daugelis žmonių mano, jog tyčinė skriauda labiau nusipelno bausmės negu skriauda, padaryta per neatsargumą, ir jog tam, kad valstybė galėtų ką nors paskelbti kaltą dėl nusikaltimo, jai reikia visiškai kitokios rūšies pateisinimo negu tas, kurio jai reikia, kad galėtų iš jo pareikalauti sumokėti kompensaciją už žalą, kurią jis lėmė, ir kad pažadai ir kitos eksplicitiško sutarimo ar sutikimo rūšys yra ypatingos rūšies pagrindas valstybinei prievartai pateisinti ir taip toliau. Teisės padalinių atskyrimas atitinka tokią nuomonę ir tvirtina prognozuojamumą bei sergsti nuo ūmių peraiškinimų, kuriais valdžia sukrėstų ištisas teisės sritis, ir tai daro tokiu būdu, kuris tvirtina gilesnį – teisės kaip integralios visumos – siekį. Jeigu plačiam žmonių ratui teisės skyriai atrodo prasmingi, vadinasi, jie skatina protestantišką laikyseną, kuriai integralumas yra palankus, nes ir paprastiems žmonėms, lygiai kaip laiko spaudžiamiems teisėjams, leidžia interpretuoti teisę laikantis praktinių ribų, kurios atrodo natūralios ir intuityvios.

Heraklis pripažįsta šį sąskaidos tikslo aiškinimą ir suteikia atitinkamą pavidalą savo lokaliojo prioriteto doktrinai. Šiai doktrinai dau-

giausia galios jis gali pripažinti tuomet, jei jos puoselėjamos ribos tarp tradicinių teisės padalinių pagrįstos plačiai išpažįstamais moraliniais principais, kurie įgalina skirti kaltės ar atsakomybės tipus, o padalinio turinys atspindi tuos moralinius principus. Perskyra tarp baudžiamosios ir civilinės teisės tenkina šį testą. Tarkime, Heraklis, priešingai nei daugelis žmonių, mano, kad būti verčiamam mokėti kompensaciją yra taip pat blogai, kaip ir būti verčiamam mokėti baudą, ir kad dėl to perskyra tarp baudžiamosios ir civilinės teisės yra iš principo neracionali. Nepaisant to, jis gerbs lokalųjį prioritetą. Jis neteigs, kad baudžiamąją teisę ir civilinę teisę dera traktuoti kaip vieną padalinį; jis neteigs, kad užtenka nustatyti galimą *(probable)* kaltinamo atsakovo kaltę, nereikia įrodyti, kad ji nekelia jokių pagrįstų abejonių, – mat galimumo standartas jungtiniam padaliniui galioja lygiai taip pat kaip ir bet kuriam kitam.

Tačiau Heraklis nebūtų nusiteikęs gerbti lokalųjį prioritetą, kai jo testas nėra patenkinamas, kai tradicinės ribos tarp padalinių yra tapusios mechaniškos ir arbitralios – populiariajai moralei patyrus permainų arba dėl to, kad padalinių turinys nebeatspindi populiariosios nuomonės.[15] Teisės padalinių sistema išties kartais tampa šia prasme arbitrali ir izoliuota nuo populiariųjų pažiūrų, ypač kai centrinės padalinių normos buvo rutuliojamos skirtingais etapais. Tarkime, jog teisinė bendruomenės tradicija daugelį dešimtmečių laikė atskiromis viešosios rimties pažeidimus reguliuojančią teisę *(nuisance law)*, kurios objektas yra interesų susikirtimo sukeliami nepatogumai, kuriuos kaimynams lemia vieno asmens veikla savo valdose, ir aplaidumo atvejus reguliuojančią teisę, kurios objektas yra fizinė, ekonominė arba emocinė žala, kurią dėl kieno nors neatsargumo patiria kiti. Tarkime, jog teisėjai, sprendę svarbiausias viešosios rimties pažeidimo bylas, nepripažino jokio ekonominio rimties pažeidmo testo; jie sakė, jog viešosios rimties pažeidimu veika laikytina – ir todėl stabdytina – tada, kai žemė naudojama „nenatūraliai“ ar netradiciškai, taigi tas, kuris įsteigia fabriką žemėse, tradiciškai naudotose ūkininkauti, yra kaltas dėl viešosios rimties pažeidimo, nors fabrikas ir yra ekonomiškai našesnė panauda. Tačiau tarkime, jog pastaraisiais me-

tais lemiamos reikšmės argumentu aplaidumui inkriminuoti teisėjai ėmė laikyti ekonominę kainą. Jie sako, kad jei kas nesiima atsargumo priemonių kitiems nuo sužalojimo apsaugoti, tai šitai yra aplaidumas, todėl jam taikytina teisinė atsakomybė už jo aplaidumo nulemtąjį sužalojimą, jeigu atsargumo priemonės tomis aplinkybėmis buvo tai, ko buvo „galima reikalauti" *(reasonable)*, ir kad ekonominė tų atsargumo priemonių kaina laikytina atsižvelgtina sprendžiant, ar to iš tikrųjų buvo galima reikalauti.

Perskyra tarp aplaidumo atvejus reguliuojančios teisės ir viešosios rimties pažeidimo teisės nebetenkina Heraklio testo – jeigu apskritai kada nors jį tenkino. Gal ir nėra visai beprasmiška viešosios ramybės pažeidimą skirti nuo aplaidumo, jeigu darome prielaidą, kad viešosios tvarkos pažeidimas yra intenciškas, o aplaidumas yra neintenciškas; tuomet ši perskyra atitinka populiarųjį principą, jog yra blogiau ką nors sužaloti sąmoningai, nei sužaloti nevalingai. Tačiau aplaidumo atvejus reguliuojančios teisės plėtros procesai, kuriuos ką tik aprašiau, nedera su šia pažiūra į tą perskyrą, mat atsargumo priemonių apsisaugoti nuo nelaimės nesiėmimas nebūtinai yra neintenciškas reikalaujamąja prasme. Todėl Heraklis būtų pasirengęs ignoruoti tradicinį šių dviejų teisės padalinių atribojimą. Jeigu jis manytų, kad „natūralios panaudos" testas yra kvailas, o ekonominės kainos testas daug teisingesnis, jis tvirtintų tai, kad aplaidumo ir viešosios rimties pažeidimo precedentai turėtų būti suprantami kaip vienas teisės korpusas ir kad ekonominės kainos testas yra pranašesnė to suvienyto korpuso interpretacija. Galbūt kiti iki tol jau įvykę teisiniai įvykiai jo teiginį padarytų paprastesnį. Intelektualinis klimatas, produkavęs tuos vėlesnius sprendimus dėl aplaidumo, galėjo tapti nepalankus ankstesnių viešosios tvarkos pažeidimų bylų prielaidai, esą naujoviška veikla, pykdanti žmones, būtinai yra nusižengimas teisei. Galbūt legislatūra yra priėmusi ypatingus įstatymus, pertvarkančius teisinę atsakomybę už tam tikras naujas diskomforto formas, tokias kaip oro uosto triukšmas, dėl kurių „natūralioji" teorija yra priėmusi arba priimtų sprendimą, kuris dabar atrodo neteisingas. Arba galbūt teisėjai, spręsdami oro uosto triukšmo bylas, bus

peržiūrėję istorinę „natūralumo“ prasmę, kad galėtų priimti sprendimus, kurie atrodo racionalūs, turint omenyje technologijos plėtrą. Heraklis pasitelks šias permainas kaip remiančias jo interpretacinį argumentą, konsoliduojantį viešosios rimties pažeidimų ir aplaidumo problematiką. Jeigu profesijos kolegas jis savo pažiūra įtikina, viešosios rimties pažeidimas ir aplaidumas nebebus atskiri teisės padaliniai, o taps sudedamaisiais elementais naujos bendros srities, kuri netrukus susilauks naujo pavadinimo, figūruojančio naujų teisės mokyklų kursų antraštėse ir naujų traktatų viršeliuose. Toks procesas iš tikrųjų yra prasidėjęs anglų ir amerikiečių teisėje, kaip ir – nors ir ne taip užtikrintai – naujas nuosavybės santykius reguliuojančios teisės apjungimas, ištrinantis net seniai įsigalėjusią ir kadaise daug tvirtesnę ribą tarp sutartį reguliuojančios teisės ir delikto teisės.

PRELIMINARI REZIUMĖ

Artimiausiuose trijuose skyriuose toliau konstruojame Heraklio darbinę teisės kaip integralios visumos teoriją, detaliau nagrinėdami klausimus, keliamus trijuose bylos sprendimo padaliniuose: bendrosios teisės bylose, bylose, besiremiančiose įstatymais, bei konstitucinės plotmės bylose. Tačiau pirma susumuosime rezultatus, nors tai tereiškia kai kurių minčių pakartojimą, o tuomet pasvarstysime kai kuriuos prieštaravimus iki šiol išdėstytam argumentui. Teisėjai, akceptuojantys interpretacinį integralumo idealą, sunkiąsias bylas sprendžia mėgindami surasti kokį nors koherentišką principų, pagrindžiančių žmonių teises ir pareigas, kompleksą, teikiantį geriausią konstruktyvinę savo bendruomenės politinės struktūros ir teisinės doktrinos interpretaciją. Jie mėgina tą sudėtingą struktūrą ir archyvą padaryti geriausius, kokie šie gali būti. Analitiškai pravartu atskirti skirtingas bet kokios darbinės teorijos dimensijas ar aspektus. Ji apims įsitikinimus dėl dermės ir pateisinimo. Įsitikinimai dėl dermės teiks neprecizišką slenkstinį reikalavimą, kurį privalo tenkinti vienos ar kitos teisės dalies interpretacija, kad būtų apskritai tinkama. Bet kokia įtikinama darbinė teorija diskvalifikuos tą mūsiškės teisės interpre-

taciją, kuri *a priori* nepaisė legislatyvinės kompetencijos arba viršenybės, arba kuri teigė kaip bendrą nuosavybės santykius reguliuojančios teisės principą reikalavimą, kad turtingieji dalytųsi turtu su beturčiais. Tas slenkstis eliminuos interpretacijas, kurias kai kurie teisėjai šiaip preferuotų, tad nuogi teisės istorijos faktai šiuo būdu apribos vaidmenį, kurį bet kurio teisėjo asmeniniai įsitikimai dėl teisiškumo gali vaidinti jo sprendimuose. Skirtingi teisėjai skirtingai nustatys šį slenkstį. Tačiau kiekvienas, kuris pripažįsta teisę kaip integralią visumą, turi pripažinti tai, kad tikroji politinė jo bendruomenės istorija kartais varžys jo kitus politinius įsitikinimus jo visa apimančiame interpretaciniame sprendime. Jeigu jis to nepripažįsta – jeigu dermės slenkstį išveda tik iš – ir priderina prie – savo įsitikinimų dėl teisiškumo taip, kad pastarieji automatiškai teikia tinkamą interpretaciją, – tai jis apskritai negali ramia sąžine pretenduoti interpetuojąs savo teisinę praktiką. Kaip grandinės romanistas, kurio dermės sprendiniai automatiškai prisitaiko prie jo literatūrinių nuomonių dėl turinio, jis veikia nesąžiningai arba apgaudinėja save.

Sunkieji atvejai bet kokiam teisėjui yra tokie atvejai, kai jo slenkstinis testas interpretacijų iš dviejų ar daugiau kokio nors įstatymo ar bylų grupės nepajėgia atsijoti tinkamų. Tada jis turi pasirinkti iš tinkamų interpretacijų klausdamas, kuri iš jų bendruomenės institucijų ir sprendimų struktūrą – jos viešuosius standartus kaip visumą – parodo palankesnėje šviesoje politinės moralės požiūriu. Jo paties moraliniai ir politiniai įsitikinimai dabar yra tiesiogiai aktyvuojami. Tačiau politinis sprendimas, kurį jis turi padaryti, pats yra sudėtingas ir kartais vieną jo politinės moralės padalinį supriešins su kitu: jo sprendimas atspindės ne tik jo nuomones dėl teisiškumo ir teisingumo, bet ir jo aukštesnio lygmens įsitikinimus apie tai, kaip šie idealai turi būti sutaikomi kompromisu, kai konkuruoja. Dermės klausimai iškyla ir šioje interpretacijos stadijoje, nes net kai interpretacija atlaiko slenkstinį reikalavimą, bet kokie prasižengimai su derme bus argumentas jos nenaudai – taip, kaip mes pažymėjome, – bendrame politinių dorybių balanse. Skirtingi teisėjai nesutars dėl kiekvieno iš

šių klausimų ir atitinkamai laikysis skirtingų požiūrių į tai, kokia iš tiesų yra jų bendruomenės teisė, deramai suprantant.

Bet koks teisėjas lavinimosi ir patirties procese išrutulios gana individualizuotą darbinę teisės koncepciją, kuria jis – galbūt nė negalvodamas – kliausis vertindamas ir spręsdamas įvairius atvejus, ir tie vertinimai tuomet bus jam pajautos ar instinkto, o ne analizės dalykas. Net jei ir taip, mes, kaip kritikai, jo darbinėje teorijoje galime įžvelgti struktūrą, išgvildendami jos praktines nuostatas dėl dermės – pavyzdžiui, dėl reliatyvios nuoseklumo praeities retorikos atžvilgiu ir populiariosios opinijos svarbos, – ir jos substantyvesnes nuomones ar preferencijas teisiškumo ir teisingumo klausimais. Dauguma teisėjų savo bendruomenėje bus tokie pat kaip kiti žmonės, todėl teisingumas bei teisiškumas, jų akimis žiūrint, nedažnai konkuruos. Tačiau teisėjai, kurių politinės nuomonės yra ekscentriškesnės ar radikalesnės, manys, kad konkrečiais atvejais tie du idealai konfliktuoja, ir turės nuspręsti, koks to konflikto sprendimas bendruomenės archyvą parodytų palankiausioje šviesoje. Atitinkamai jų darbinės sampratos apims aukštesnio lygmens principus, kurie pasirodė esą būtini tam tolesniam sprendimui. Pavyzdžiui, konkretus teisėjas gali manyti ar laikytis nuostatos, kad dažniausiai politiniai sprendimai turėtų gerbti daugumos nuomonę, ir vis tiek manyti, kad šis reikalavimas tampa ne toks griežtas ar netgi nebegalioja, kai kyla rimtų konstitucinių teisių klausimas.

Dabar turėtume prisiminti dvi bendro pobūdžio pastabas, kurias pateikėme konstruodami grandinės romano modelį, nes jos tinka ir čia. Pirma, skirtingi teisėjo darbinio požiūrio aspektai ar dimensijos – dermės ir substantyvaus turinio dimensijos bei skirtingi turinio aspektai – galiausiai visi yra priklausomi nuo jo politinio sprendimo. Jo įsitikinimai dėl dermės, kaip jie pasireiškia jo darbiniame slenkstiniame reikalavime arba vėliau analizės procese, varžydamiesi su turiniu, yra politiniai, o ne mechaniniai. Jie išreiškia jo įsipareigojimą integralumui: jis mano, kad interpretacija, kuri neįveikia jo nustatyto dermės slenksčio, bendruomenės archyvą parodo nepataisomai nepalankioje šviesoje, nes tos interpretacijos siūlymas sugestijuoja,

kad bendruomenė dažniausiai nepaisė savo principų. Kai interpretacija tenkina slenkstinį reikalavimą, visus kitus dermės defektus jo visa apimantis sprendinys gali kompensuoti, jeigu tos interpretacijos principai yra itin patrauklūs, nes tuomet jis nedažną bendruomenės neištikimybę savo principams sumenkina supriešindamas su jos atkaklia pagarba jiems. Tad varžtas, kurį dermė primeta turiniui, bet kokioje darbinėje teorijoje yra vieno tipo politinio įsitikinimo varžtas kitam tipui visa apimančiame sprendinyje dėl to, kuri interpretacija politinį archyvą bendrame plane, atsižvelgiant į viską, daro geriausią, koks tik jis gali būti. Antra, šio varžto modusas yra tas, kurį mes identifikavome grandinės romane. Tai ne išorinio kieto fakto ar tarpasmeninio konsensuso varžtas. Veikiau tai struktūrinis įvairių principo rūšių varžtas principo grindžiamoje sistemoje, bet tai nė kiek nemenkina jo tikrumo.

Joks mirtingas teisėjas negali ir neturėtų mėginti išdėstyti savo instinktyvią darbinę teoriją taip išsamiai – ar padaryti tą teoriją tokią konkrečią ir detalią, – kad joks tolimesnis mąstymas būtų nebereikalingas individualiai sprendžiant kiekvieną bylą. Bet kokius bendruosius principus ar automatines normas, kuriais vadovavosi praeityje, jis privalo traktuoti kaip provizoriškus ir būti pasirengęs jų atsisakyti dėl rafinuotesnės ir gilesnės analizės, kai to prireikia. Bet kokiam teisėjui tai bus ypač keblūs momentai, kviečiantys daryti naujus politinius sprendimus, kuriuos gali būti sunku priimti. Būtų absurdiška manyti, kad tokiais momentais jis visuomet po ranka turės būtinus pamatinius politinės moralės įsitikinimus. Itin sunkūs atvejai jį vers teisės koncepciją ir politinę moralę plėtoti drauge, joms paremiant viena kitą. Ir vis dėlto kiekvienas teisėjas gali susidurti su reikalu imtis šviežių ir iššūkį metančių klausimų, kaip principo reikalo, ir būtent šito iš jo reikalauja teisė kaip integrali visuma. Jis turi akceptuoti tai, kad galiausiai pasirinkdamas vieną, o ne kitą daug ginčų keliančios precedentų linijos interpretaciją, galbūt po sunkių apmąstymų ir įsitikinimų perkratos, savo darbinę teisės koncepciją jis plėtos viena, o ne kita kryptimi. Ta kryptis jam turi atrodyti teisinga politinio principo požiūriu, o ne tik kaip tai, kas patrauklu tuo mo-

mentu, mat rekomenduoja patrauklų sprendimą sprendžiamuoju atveju. Šis patarimas palieka nemažai erdvės klydimui, įskaitant saviapgaulę. Tačiau dauguma progų teisėjai galės pripažinti klausimo sprendimą pajungę disciplinai, kurią jis nusako. Taip pat galės matyti, kai kitas teisėjas spręsdamas nesilaiko tokios disciplinos.

KELETAS GERAI ŽINOMŲ PRIEŠTARAVIMŲ

Heraklis tik žaidžia politiką

Heraklis baigė darbuotis prie *McLoughlin* bylos. Jis paskelbia, kad geriausia emocinės žalos atvejų interpretacija, atsižvelgiant į viską, yra 5-oji: teisė numato kompensaciją už visokią emocinę žalą, kurią tiesiogiai nulemia nerūpestingas vairavimas ir kurią gali numatyti automobilio vairuotojas, sugebantis protauti tiek, kiek iš jo galima reikalauti. Tačiau jis pripažįsta, kad, priimdamas šį sprendimą, jis kliovėsi savo paties nuomone, jog šis principas yra geresnis – teisingesnis ir teisiškesnis – nei bet kuris kitas, tinkamas pagal tuos kriterijus, kuriuos jis laiko deramais pagal dermės kriterijus. Taip pat jis pripažįsta, kad ši nuomonė yra kontroversiška: jos laikosi ne visi jo kolegos teisėjai, taigi kad kai kurie iš jų mano, jog kuri nors kita interpretacija, pavyzdžiui, 6-a, yra pranašesnė. Kokių priekaištų, tikėtina, susilauks jo argumentai? Pirmasis sąraše, kurį siūlau apsvarstyti, kaltina Heraklį ignoruojant tikrąją teisę, reguliuojančią emocinės žalos atvejus, ir ją pakeičiant savo paties pažiūromis dėl to, kokia turėtų būti teisė.

Kaip turime suprasti šį prieštaravimą? Galime jį suvokti dviem labai skirtingomis prasmėmis. Jis galėtų reikšti, kad Heraklis klydo, siekdamas savo interpretaciją pateisinti apeliacija į teisiškumą ir teisingumą, nes ji neatlaiko net deramo slenkstinio dermės testo. Nepasklaidę tų bylų, kuriomis rėmėsi Heraklis, negalime tarti, kad šis argumentas yra klaidingas. Galbūt šį kartą Heraklis neapsižiūrėjo; galbūt, jei jis būtų dar labiau išplėtęs savo precedentų tyrimo aprėptį, būtų atskleidęs, kad tik viena vienintelė interpretacija neatkrinta,

ir tuomet šis atskleidimas jam būtų leidęs išspręsti teisės problemą, neaktyvuojant savo nuomonių dėl kompensacijos už nelaimingus įvykius reikalavimo teisingumo. Tačiau vargu ar yra įtikima, kad net ir griežčiausias slenkstinis dermės testas visuomet praleis tik vieną interpretaciją, tad prieštaravimas, šitaip suprantant, būtų ne bendras prieštaravimas Heraklio teisėjavimo metodams, o tik priekaištas, kad jis klaidingai pritaikė savo paties metodus konkrečiu nagrinėjamu atveju.

Todėl turėtume apsvarstyti kitą, įdomesnį šio prieštaravimo perskaitymą: pagal jį, jis teigia, kad teisėjas turi niekuomet nesiremti savo asmeniniais įsitikinimais dėl teisingumo ar teisiškumo tuo būdu, kuriuo tai šiuo atveju darė Heraklis. Tarkime, jog kritikas sako: „Teisinga praeities sprendimų linijos interpretacija visuomet gali būti nustatyta morališkai neutraliomis priemonėmis, nes teisingai interpretuoti – reiškia tiesiog nustatyti, kokius principus teisėjai, priėmę tuos sprendimus, norėjo paskelbti teise, o tai yra tiesiog istorinio fakto dalykas." Heraklis pažymės, kad šiam kritikui reikalingas politinis pagrindas jo pareiškimui, kad interpretacijos privalo atitikti praeities teisėjų sprendimus. Tai ekstremali forma mūsų jau svarstytos pozicijos, anot kurios interpretacija yra geresnė, jeigu vienodai gerai dera su tuo, ką praeities teisėjai pasakė, kaip ir su tuo, ką jie padarė, ir net šis silpnesnis teiginys priklauso nuo specialių mano aprašytųjų politinės moralės argumentų. Kritikas mano, kad šie ypatingi motyvai yra ne šiaip stiprūs, o stačiai įsakmūs; kad jie yra tokie stiprūs, jog teisėjas visada elgiasi neteisingai net ir jei tik svarsto galimybę interpetacijos, netenkinančios jų nustatomo standarto, nesvarbu, ar ta interpretacija gerai susieja į visumą, paaiškina ir pateisina praeities sprendimus.

Taigi jeigu Heraklio kritikas nori, kad jo argumentas turėtų bent kiek galios, galiausiai turi remtis ir remiasi ne politiškai neutraliais interpretaciniais įsitikinimais. Jis taip pat aktyvavo savo pamatinius politinės moralės įsitikinimus. Jis mano, kad politinių vertybių, remiančių jo interpretacinį stilių, svarba yra tokia fundamentali, kad visiškai eliminuoja bet kokias konkuruojančias teisiškumo koman-

das. Ši pozicija gali būti įtikinama, tačiau vargu ar ji yra nekontroversiška ir jokia prasme nėra neutrali. Jo nesutarimas su Herakliu, skirtingai nei jis pats pirma sugestijavo, nėra nesutarimas dėl to, ar politinė moralė yra relevantiška sprendžiant, kokia yra teisė, bet dėl to, kurie moralės principai yra racionalūs ir todėl lemiami sprendžiant tą klausimą. Taigi pirmasis, šiurkštus prieštaravimas, kad Heraklis pakeitė politiškai neutralią korektišką praeities teisės interpretaciją savo paties politiniais įsitikinimais, yra tik painiavos pratybos.

Heraklis yra apgavikas

Antrasis prieštaravimas yra rafinuotesnis. Dabar kritikas sako: „Absurdiška manyti, kad esama kokios nors vienos teisingos emocinės žalos atvejų interpretacijos. Kadangi išsiaiškinome dvi šių atvejų interpretacijas, iš kurių nė vienai negalima atiduoti pirmenybės kitos atžvilgiu „neutraliais" dermės pagrindais, bylų sprendimo integralumo principas jokio teisėjo neverstų pripažinti kurios nors vienos iš jų. Vieną Heraklis pasirinko atvirai politiniais pagrindais; šis jo pasirinkimas atspindi tik jo paties politinę moralę. Tomis aplinkybėmis jis neturi jokio kito pasirinkimo, kaip tik šitaip kurti teisę. Vis dėlto jo atveju yra klastinga tartis nustačius, savo politinio pasirinkimo keliu, kokia yra *teisė*. Jis tik siūlo savo nuomonę dėl to, kokia ji turėtų būti."

Šis prieštaravimas daugeliui skaitytojų atrodys stiprus, ir turime pasistengti jo nesusilpninti, jį pateikdami taip, kad atrodytų teigiąs daugiau, negu jis teigia. Jis nemėgina reabilituoti konvencionalizmo idėjos, jog kai konvencijos aiškinamoji galia išsenka, teisėjas yra laisvas patobulinti teisę pagal deramus legislatyvinius standartus; o dar akivaizdžiau yra tai, kad jis nemėgina sugrąžinti pragmatizmo idėjos, jog teisėjas visada yra laisvas tai daryti ir jį varžo tik strategijos sumetimai. Jis pripažįsta, jog iš tų interpretacijų, kurios atlaiko dermės testą, teisėjai turi rinktis. Jis tik tvirtina, kad negali būti geriausios interpretacijos, kai tą testą atlaiko daugiau negu viena. Šis prieštaravimas, kaip aš jį suformulavau, yra priklausomas nuo teisės kaip

integralios visumos bendros idėjos; jis mėgina apsaugoti tą idėją nuo pavojingo nesąžiningumo.

Ar šis prieštaravimas vykęs? Kodėl Heraklio atveju yra nesąžininga ar net vylinga pateikti savo sprendimą kaip teisės sprendinį? Ir vėl įmanomi du šiek tiek skirtingi atsakymai – du būdai išplėtoti tą prieštaravimą, ir to prieštaravimo negalime laikyti įtikinamu, kol jų neatskiriame ir neapsvarstome kiekvieno iš jų. Pirmasis galimas išplėtojimas yra toks: „Heraklio teiginys yra nesąžiningas, nes sugestijuoja, kad yra galimas teisingas atsakymas į klausimą, ar 5-a arba 6-a interpetacija yra teisingesnė ar teisiškesnė; kadangi politinė moralė yra subjektyvi, negali būti vieno teisingo atsakymo į tą klausimą – įmanomi tik atsakymai". Tai moralinio skepticizmo metamas iššūkis, kurį išsamiai aptariau 2-ame skyriuje. Negaliu išvengti prievolės dabar apie tai pasakyti ši tą daugiau, tačiau tam pasitelksiu naują kritiką, jam skirdamas atskirą skirsnį. Antrasis galimas išplėtojimas remiasi ne skepticizmu: „Heraklis yra apgavikas, net jeigu moralė yra objektyvi ir net jei jis yra teisus teigdamas, kad numatomumo principas, dėl kurio jis apsisprendė, yra objektyviai teisingesnis ir teisiškenis. Jis yra apgavikas, nes pretenduoja į tai, kad atskleidė, kokia yra teisė, tačiau jis tik nustatė, kokia ji turėtų būti". Dabar panagrinėsiu pastarąją prieštaravimo formą.

Iš teisės sampratos mes reikalaujame, kad ji teiktų teisės pagrindų paaiškinimą – aplinkybių, kuriomis teiginiai apie tai, kokia yra teisė, turėtų būti akceptuojami kaip teisingi arba racionalūs, – paaiškinimą, kuris parodo, kodėl teisė įgalioja valstybinę prievartą. Teisė kaip integrali visuma atsako, kad teisės pagrindų ieškotina integralume, geriausioje kontruktyvioje praeities teisinių sprendimų interpretacijoje, taigi kad teisė yra jautri teisiškumui tuo būdu, kurį pripažįsta Heraklis. Vadinasi, jokio kito būdo, kuriuo Herkalis *gali* perteikti savo išvadą apie ponios McLoughlin atvejį, – jis tegali sakyti, kad teisė, kaip jis ją supranta, yra jai palanki. Jeigu jis sakytų tai, ką rekomenduoja kritikas, – kad ji neturi juridinės teisės laimėti, tačiau turi moralinę teisę, kurią jis siūlo gerbti, – jis *klaidingai perteiktų* savo pažiūrą į ši dalyką. Jis manytų, kad tai teisingas kai kurių situacijų

paaiškinimas – pavyzdžiui, situacijos, kurioje jis teisę manytų esant pernelyg nemoralią, kad ją būtų galima įgyvendinti, – bet nepaaiškina šios situacijos. Kritikas galėtų nesutarti su Herakliu daugeliu lygmenų. Teisės kaip integralios visumos sampratą jis gali atmesti apeliuodamas į konvencionalizmą ar pragmatizmą, ar kokios kitos teisės sampratą. Arba jis galėtų ją pripažinti, bet prieiti kitokias išvadas nei Heraklio, nes laikosi kitokių idėjų dėl būtinų dermės reikalavimų arba skirtingų įsitikinimų dėl teisingumo ar teisiškumo, arba santykio tarp jų. Tačiau Heraklio „teisės" sąvokos vartojimą jis gali manyti esant apgaulingą (arba gramatiškai neteisingą) tik jeigu yra paveiktas semantinio geluonies – tik jeigu taria, kad teisės teiginiai kažin kodėl yra nieko neverti, jeigu jie nėra tiesiogiai išvesti iš kokio nors faktinių kriterijų, taikomų teisei, komplekso, kriterijų, kuriuos pripažįsta kiekvienas kompetentingas teisininkas.

Tačiau vieną aptariamojo prieštaravimo aspektą būtų galima manyti esant atsparų mano argumentams, galiojantiems kitiems aspektams. Net jeigu sutinkame, jog Heraklio išvados apie ponią McLoughlin yra deramai pristatomos, kai pristatomos kaip teisės išvados, gali atrodyti pretenzinga teigti, kad šios išvados kokiu nors būdu kyla iš integralumo, suprantamo kaip atskiras politinis idealas. Ar nebūtų tiksliau sakyti, kad integralumas atlieka tam tikrą vaidmenį Heraklio skaičiavimuose būtent iki to momento, kai jis atmeta visas interpretacijas, kurios neišlaiko slenkstinio dermės testo, bet kad integralumas nevaidina jokio vaidmens atliekant atranką tų, kurios išlaiko tą testą? Ar neturėtume sakyti, kad jo teisės samprata iš tikrųjų yra dvi sampratos: teisės kaip integralios visumos samprata, papildoma, – kai integralumo nebeužtenka, – kokia nors natūraliosios teisės teorija? Tai nelabai reikšmingas prieštaravimas; jis tik sugestijuoja kitokį būdą perteikti išvadas, kurių nebekvestionuoja. Vis dėlto jį diktuojanti įžvalga yra pernelyg šiurkšti. Mat klaida manyti, kad integralumo idėja yra nerelevantiška Heraklio sprendimui, kai tas sprendimas jau yra nebe jo įsitikinimų dėl dermės dalykas, o remiasi ir jo teisingumo ar teisiškumo jausmu.

Integralumo dvasia, kurią susiejome su broliškumu, būtų pamin-

ta, jeigu Heraklis savo sprendimą darytų kaip nors kitaip, o ne rinkdamas interpretaciją, kurią mano esant geriausią politinės moralės visumos požiūriu. Integralumą pripažįstame politiniu idealu todėl, kad savo politinę bendruomenę norime traktuoti kaip principo bendruomenę, o principo bendruomenės piliečiai siekia ne šiaip bendrų principų, kaip būtų, jei tik vienodumas būtų tai, ko jie nori, bet geriausių bendrų principų, geriausių, kokių tik gali rasti politika. Integralumas skiriasi nuo teisiškumo ir teisingumo, tačiau jį su jais glaudžiai sieja būtent štai kas: integralumas kokią nors prasmę turi tik žmonėms, kurie pageidauja ir teisingumo bei teisiškumo. Taigi Heraklio galutinis interpretacijos pasirinkimas, – interpretacijos, kurią jis mano esant apskritai protingesnę, t. y. teisingesnę ir teisiškesnę, esant deramam santykiui tarp šių dimensijų, – yra motyvuojamas jo pradinio įsipareigojimo integralumui. Tas jo pasirinkimas įvyksta integralumo diktuojamu momentu ir tuo būdu, kurio integralumas reikalauja, todėl didžiai apgaulinga sakyti, kad būtent tuo momentu jis atsisako šio idealo.

Heraklis yra arogantiškas ir, šiaip ar taip, tėra mitas

Daug greičiau ketinu išspręsti reikalus su dviem ne tokiais svarbiais kritikais, kuriuos vis dėlto dera išklausyti. Būdą, kuriuo nusakiau Heraklio metodus, aprašydamas klausimus, į kuriuos jis turi atsakyti, ir sprendimus, dėl kurių jis turi apsispręsti, kai kurie vadins subjektyviu. Kiti teisėjai į juos atsakys kitaip, ir galbūt Jūs sutiktumėte su kuriuo nors iš jų, o ne su Herakliu. Netrukus pasvarstysime, ar visa tai reiškia, kad nei Heraklis, nei joks kitas teisėjas ar kritikas negali būti „iš tikrųjų“ teisus, aiškindamas, kokia yra teisė. Tačiau Heraklio nuomonė bus kontroversiška, kad ir kaip mes atsakytume į tą filosofinį klausimą, o jo naujasis kritikas pasinaudoja būtent kontroversiškumo faktu, kurio neišjudina jokios apeliacijos nei į išorinį, nei į vidinį skepticizmą. „Nepriklausomai nuo to, esama ar nesama teisingų atsakymų į interpretacinius klausimus, – atsakymų, nuo kurių priklauso Heraklio sprendiniai, – neteisinga vieno teisėjo atsaky-

mą (arba tiesiog teisėjų suole sėdinčių teisėjų daugumos) pripažinti kaip galutinį, kai jis neturi jokio būdo *įrodyti* – tiems, kurie nesutinka, – kad jo nuomonė yra geresnė."

Ieškodami atsakymo, turime grįžti prie savo bendresnio pobūdžio argumentų už teisę kaip integralią visumą. Mes norime, kad mūsų pareigūnai mus traktuotų kaip susijusius principo asocijacijoje, ir šito norime dėl priežasčių, kurios nepriklauso nuo jokio šių pareigūnų įsitikinimų sutapimo, – įsitikinimų dėl dermės ar dėl substantyvesnių principų, kuriuos aktyvuoja interpretacija. Mūsų motyvai išlieka ir tada, kai teisėjai nesutaria, mažų mažiausiai dėl detalių, geriausios bendruomenės politinės tvarkos interpretacijos klausimu, nes kiekvienas teisėjas ir tuomet pripažįsta ir tvirtina principinį mūsų bendrumo pobūdį, nepaisydamas nesutarimo siekia prieiti savo paties nuomonę, užuot griebęsis šiaip paprastesnio uždavinio – naujos teisėkūros. Tačiau net jeigu taip nebūtų, aptariamasis prieštaravimas negalėtų galioti kaip prieštaravimas, taikomas vien tik teisei kaip integraliai visumai, nes jis visa savo galia galiotų ir pragmatizmui arba konvencionalizmui, tampančiam pragmatizmu bet kurioje byloje, kuri yra pakankamai sunki, kad pasiektų apeliacinį teismą. Kaip gali būti teisingesni jokio darnos su praeitimi reikalavimo nevaržomi teisėjai, teikiantys galią savo pačių pažiūroms dėl geriausios ateities, o ne teisėjai, priimantys sudėtingesnius, bet tokius pat kontroversiškus sprendinius, kurių reikalauja teisė kaip integralumas?

Čia prieina kitas smulkus kritikas. Jis priekaištauja iš kitos varpinės. „Heraklis, – sako jis, – yra mitas. Joks realus teisėjas neturi tokių išgalių, tad absurdiška jį kelti sektinu modeliu kitiems. Tikri teisėjai sunkiąsias bylas sprendžia kur kas instinktyviau. Jie nesiremia sudėtinga besikryžiuojančių politinių ir moralinių principų matrica, kad sukonstruotų ir testuotų intepretaciją ir išsirinktų geriausiąją iš įvairių besivaržančiųjų. Jų amatas išlavina jų įgūdį iš karto įžvelgti struktūrą faktuose ir doktrinoje; iš tikrųjų būtent tai ir reiškia mąstyti kaip teisininkui. Jeigu jie nuspręstų imituoti Heraklį, mėgindami kiekvieną kartą pasirūpinti kokia nors bendro pobūdžio teisės kaip visumos teorija, juos ištiktų paralyžius, o jų bylų spintos nebesutal-

pintų bylų.“ Šis kritikas neteisingai supranta tai, ką mes čia darome. Heraklis mums todėl ir naudingas, kad jis yra reflektyvesnis ir savimoningesnis, negu turi būti bet koks tikras teisėjas ar, turint omenyje darbo krūvį, galėtų būti. Be abejo, tikri teisėjai daugumą bylų sprendžia ne tokiu metodišku būdu. Tačiau Heraklis mums parodo nematomą jų sprendimų struktūrą ir šitaip juos atveria studijavimui ir patikrai. Be to, turime kruopščiai atskirti dvi prasmes, kuriomis jį būtų galima sakyti turint daugiau išgalių, nei galėtų turėti bet koks tikras teisėjas. Jis dirba taip greitai (ir turi tiek daug laiko tam darbui), kad, kitaip nei paprasti teisėjai, gali ištirti visas galimybes ir idėjas; plėsdamas bylų apžvalgos aprėptį, jis gali plėtoti ne tik vieną ar dvi akivaizdžias linijas, kurias studijuoja, bet visas linijas, kurios yra galimos. Būtent šia prasme jis gali siekti daugiau nei jie: jis gali siekti visa apimančios teorijos, tuo tarpu jų teorija būtinai bus dalinė. Tačiau jis neturi tokių įžvalgos galių, kurios leistų atskleisti transcendentines paslaptis, kurių anie neįstengia įžvelgti. Dermės ir politinės moralės sprendinius jis prieina remdamasis ta pačia medžiaga, o šie sprendiniai yra tokio paties pobūdžio kaip jų. Jis daro tai, ką darytų ir jie, jeigu visą karjerą galėtų paskirti vienam sprendimui; jiems stokoja ne kitokios nei jo teisės sampratos, bet amato įvaldymo ir efektyvumo įgūdžių, kurių jam niekada nereikėjo kultivuoti.

Dabar šis kritikas pradeda keisti kursą. „Kad ir kaip ten būtų, Heraklis turi per daug teorijos paprastiems atvejams. Geri teisėjai tiesiog žino, kad aiški aiškaus įstatymo reikšmė arba paprasta norma, visuomet paprastai taikoma ir niekuomet nesukėlusi abejonių precedentiniais atvejais, yra teisė, ir nieko čia daugiau nepridursi. Būtų absurdiška, ne tik laiko gaišatis, šias neabejojamas tiesas kiekvieną kartą testuoti interpretaciniais testais. Taigi teisės kaip integralios visumos samprata, su savo pernelyg išpūsta hierarchine struktūra, geriausiu atveju tinka tik sunkiesiems atvejams. Kas nors panašesnio į konvencionalizmą yra geresnė interpretacija to, ką teisėjai daro lengvosiose bylose.“ Perskyra tarp lengvųjų ir sunkiųjų teisės bylų, kaip pamatysime 9-ame skyriuje, nėra nei tokia aiški, nei tokia svarbi, kaip taria šis kritikas, tačiau dabar Herakliui šis argumentas

nereikalingas. Teisė kaip integrali visuma paprastus atvejus paaiškina ir pateisina taip pat sėkmingai, kaip ir sunkiuosius; taip pat ji parodo, kodėl jie yra paprasti. Tai, jog greičio riba Kalifornijoje yra 55, yra akivaizdu, nes akivaizdu, kad bet kokia kompetentinga Kalifornijos kelių eismą norminančios teisės interpretacija turi teikti tokią išvadą. Taigi lengvosios bylos teisės kaip integralios visumos sampratai tėra tik ypatingi sunkiųjų bylų atvejai, ir tuomet šio kritiko priekaištas išsako tai, ką pats Heraklis mielai pripažintų: kad nėra reikalo klausinėti, kai mes jau žinome atsakymą.

SKEPTICIZMAS TEISĖJE

Vidinio skepticizmo iššūkis

Joks teisės kaip integralios visumos aspektas nebuvo suprastas taip neteisingai, kaip jos atsisakymas pripažinti populiariąją pažiūrą, jog sunkiosiose teisės bylose nebūna unikaliai teisingų atsakymų. Štai reprezentatyvi šios Heraklio atmetamos pažiūros formuluotė. „Sunkiosios bylos yra sunkios dėl to, jog skirtingi principų kompleksai pakankamai gerai dera su praeities sprendimais, kad juos būtų galima laikyti tinkamomis jų interpretacijomis. Teisininkai ir teisėjai nesutars, kuri iš alternatyvų, į viską atsižvelgiant, yra teisingesnė ar teisiškesnė, tačiau nė viena pusė negali būti „iš tikrųjų" teisi, nes nėra objektyvių teisingumo ir teisiškumo standartų, kuriuos objektyvus stebėtojas galėtų pasitelkti tam, kad išspręstų ginčą tarp jų. Taigi teisės kaip integralios visumos samprata galop gauna rezultatą, jog iš tikrųjų sunkiaisiais atvejais, tokiais kaip *McLoughlin* byla, teisės apskritai nėra. Heraklis yra apgavikas, nes pretenduoja į tai, kad jo subjektyvios nuomonės yra kažin kokia prasme iš tikrųjų geresnės už kitų, dalyvaujančių ginče. Jis pasielgtų garbingiau, jei pripažintų, jog, be savo subjektyvių preferencijų, jis neturi jokio pagrindo savo sprendimui."

2-ame skyriuje atskyrėme tai, ką pavadinau išoriniu skepticizmu ir vidiniu skepticizmu. Net jei išorinis skepticizmas yra įtikinamas

kaip filosofinė pozicija, jis nesudaro jokios grėsmės mūsų argumentams už teisę kaip integralią visumą ar jais besivadovaujantiems Heraklio bylų sprendimo metodams. Kaip ką tik sakiau, teisę kaip integralią visumą stengiausi aprašyti tokiu būdu, kuris, išorinio skeptiko akimis žiūrint, nepalieka vietos priekabėms. Aprašiau klausimus, kuriuos, pagal šią teisės sampratą, teisėjai turėtų sau iškelti ir į juos atsakyti, remdamiesi savo pačių įsitikinimais. Išorinis skepticizmas neneigia, kad šie klausimai yra prasmingi; išorinis skeptikas turės savo atsakymus į juos, atsakymus, kuriems teiks pirmenybę kitų pateikiamų atsakymų atžvilgiu, ir jis, kaip ir bet kuris iš jo filosofinių oponentų, taip pat gali vaidinti Heraklį. Jis tik prieštarauja tam, ką jis laiko blogu proceso aprašymu, – esą tame procese siekiama atskleisti interpretacines ar moralines tiesas, egzistuojančias „ten išorėje" arba „slypinčias visatos sąrangoje". Tačiau šios metaforos yra apgaulinga reprezentacija to, ką turi galvoje tas, kuris sako, kad, pavyzdžiui, 5-os interpretacijos principai yra tikrai geresni negu 6-os interpretacijos principai; šis teiginys yra jo interpretacinės nuomonės paaiškinimas, o ne jos filosofinis klasifikavimas. Todėl Heraklis gali sutikti niekuomet nevartoti beveik nereikalingų žodžių „objektyvus" ar „iš tikrųjų" savo sprendiniams papuošti, sprendiniams, kurie jam reiškia tą patį ir be šių žodžių, ir išoriniai skeptikai tuomet neturėtų jokio kito priekaišto ar argumento prieš tai, kaip jis išsprendžia *McLoughlin* bylą.

Tačiau aš pripažinau, kad vidinis skepticizmas meta kur kas smarkesnį iššūkį mūsų projektui, ir dabar pasitelksiu naują kritiką išplėtoti ir įvertinti tai sugestijai. Kokių formų galėtų būti jo vidinis skepticizmas? Esama keleto galimybių. Jis galėtų, pavyzdžiui, sutikti, kad ir 5-a, ir 6-a interpetacijos atlaiko deramą slenkstinį dermės testą, tačiau galėtų neigti, kad kuri nors iš jų savo politine morale yra pranašesnė už kitą, nes abi yra kokia nors fundamentalia prasme morališkai klaidingos arba nerelevantiškos. Tačiau šis argumentas atrodo neįtikimas. Tarkime, jis iš viso atmeta pačią teisinės atsakomybės už aplaidumą idėją; jis mano, kad blogi darbai nedaromi niekaip kitaip, tik piktavališkai. Tačiau tai nepateisintų lokalaus skepticizmo dėl 5-os

ir 6-os interpretacijų; jis palaiko 6-ąją kaip pranašesnę už 5-ąją, kad ir kokia abejotina ji yra pati savaime. Taigi turime tarti jį galvojant, kad visiškai nepriimtina klausti, ar žmonės turi pareigą kompensuoti už savo aplaidumo padarinius; tai neteisingas klausimas, kaip kad jeigu klaustume, kuria ranka, pagal pagarbumo reikalavimus, dera nusiimti skrybėlę. Tačiau net ir tai nepateisintų skeptiško požiūrio į tai, kokius sprendimus turi priimti Heraklis. Jeigu aplaidumo problematika neturi nieko bendra su moralės dalykais, tai valstybė negali turėti jokio pagrindo įsikišti, kad priverstų mokėti kompensaciją, o tai ir vėl argumentas 6-os interpretacijos naudai, kaip bent jau preferuotinos 5-os atžvilgiu, nes pirmoji kiek rečiau leidžia valstybei kištis į dalykus, kurie nėra jos reikalas.

Taigi vargu ar mūsų kritikas mus įtikins tokiu argumentu. Tačiau jis galėtų vidinį skpeticizmą pagrįsti kitokiu būdu, mėgindamas parodyti, jog teisinė praktika yra draskoma pernelyg gilių prieštarų, kad pasiduotų apskritai kokiai nors koherentiškai interpretacijai. Heraklis žino, kad teisė bendru mastu toli gražu nėra tobulai nuosekli pagal principą. Jis žino, kad legislatyvinė viršenybė teikia galią kai kuriems įstatymams, kurie pagal principą yra nesuderinami su kitais, ir kad bendrosios teisės sąskaida, drauge su lokaliojo prioriteto principu, įgalina nenuoseklumą net ir šioje teisėje. Tačiau jis remiasi prielaida, kad šie prieštravimai nėra tokie visa smelkiantys ir nepagydomi teisės padalinių viduje, kad užduotis būtų beviltiška. Kitaip sakant, jis taria, kad kiekvieno bendro teisės padalinio teisei, kurią jis privalo įgyvendinti, galima rasti kokį nors pakankamai įtikinamą principų kompleksą, kuris jį pakankamai gerai atitiktų, kad būtų laikomas tinkama jo interpretacija. Tai prielaida, kurią kritikas dabar kvestionuoja. Jis tvirtina, jog, pavyzdžiui, teisė, reguliuojanti nelaimingus įvykius, yra draskoma tokių prieštaravimų, kad interpretacija gali atitikti tik arbitraliai pasirinktą ir ribotą jos dalį.

Tai – daug smarkesnis skeptinis iššūkis, nes jis iš pagrindų puola integralumo įmanomumą. Jis mus verčia imtis vieno dermės reikalavimo aspekto, kurį iki šiol atidėliojau, – nepaprastai svarbios perskyros tarp konkurencijos *(competition)* ir neatitikimo pagal principą

(contradiction in principle). Tarkime, jog Heraklis nusprendžia kad, kaip ką tik paminėtame blogiausio atvejo variante, abi interpetacijos, ir 5-a, ir 6-a, dera su svaria relevantiškų precedentų dalimi, tačiau nė viena iš jų neatitinka šių didžiumos. Reaguodamas į tai, jis išplečia savo tyrimo aprėptį, kad galėtų ieškoti bendresnės nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės interpretacijos, kuri izoliuotų ir apribotų šią prieštarą. Jis siūlo štai kokį paaiškinimą: „Mūsų teisė kaip visuma pripažįsta du principus, kurie galioja žmonių dėl nelaimingų įvykių patiriamos pripažintinos žalos atvejais. Pirmasis – kolektyvinės atjautos principas. Pagal jį, valstybė turėtų stengtis apsaugoti žmones nuo finansinio žlugimo nelaimingų įvykių atveju, net kai jie patys kalti dėl tos nelaimės. Šiuo principu akivaizdžiausiai remiasi įvairios reguliuojamosios saugumo programos *(regulative safety programs),* darbininkų kompensacijos įstatymai ir valstybės subsidijuojamos nuosavybės bei asmenų, kurių negali adekvačiai apdrausti privati draudimo rinka, draudimo programos. Antrasis principas – nelaimingo įvykio finansinės naštos paskirstymo tarp privačių jį produkavusios dramos veikėjų. Pagal jį, didžiausia nelaimės padarytų nuostolių našta turi tekti kaltajam asmeniui, o ne nekaltai aukai. Šiuo principu akivaizdžiausiai remiasi aplaidumo atvejus reguliuojanti teisė, įskaitant bendrosios aplaidumo atvejus reguliuojančios teisės legislatyvinius papildymus ar priedus.

„Tai nepriklausomi principai, ir laikyti juos prieštaringais – reikštų labai klaidingai suprasti principo logiką. Abu pripažįstant principais, nuoseklumui nenusižengiama; priešingai – bet kokia moralinė vizija būtų defektyvi, jeigu visiškai išsižadėtų bet kurio iš šių impulsų. Tačiau kai kuriais atvejais jie konfliktuos, ir tuomet koherencija išties reikalauja kokios nors pirmenybės ar svarumo, ar jų akomodacijos nearbitralios schemos, atspindinčios kiekvieno iš jų šaltinius gilesniame politinės moralės lygmenyje. Tokio konflikto pavyzdys yra nelaimingas įvykis, kuris finansiškai sužlugdytų aplaidųjį veikėją, jeigu jam būtų galima skirti teisinę atsakomybę už visą žalą, kurią jis padarė. Pirmasis principas ragina valstybę apsaugoti jį nuo katastrofiškų nuostolių, nes antraip jo teisinė atsakomybė jam būtų

tokia pat nelaimė, – nors kaltė ir jo, – kaip nelaimingas atsitikimas darbo vietoje, dėl kurio kaltė tenka to atsitikimo aukai. Bet antrasis principas skelbia, kad jeigu kuriam nors iš dviejų dramos veikėjų turi tekti nuostolių našta, – tai turi būti kaltasis veikėjas. Jis ragina valstybę versti jį visiškai kompensuoti kiekvienai iš aukų. Galbūt pageidautiną tų dviejų principų akomodaciją valstybė pasiektų, jei iš atsakovo reikalautų kompensuoti kai kurioms aukoms arba – kai kurioms aukoms tam tikru mastu, o kitoms aukoms atlyginti nuostolių skirtumą iš visuomeninio iždo. Tačiau nesant jokio tai numatančio įstatymo arba jokios valstybinio kompensavimo tradicijos bendrojoje teisėje, kuriuos būtų galima pasitelkti, tokios interpretacinės galimybės nėra. Spręsdamas, kuris iš tų dviejų principų šiomis aplinkybėmis turi pasiduoti, esu ribojamas esamo archyvo. Jeigu viršų gauna pirmasis, atsakovui lemiamos reikšmės turi tai, kad jeigu būtų paskirta pilna teisinė atsakomybė, jo nuostoliai būtų kur kas didesni negu tie, kuriuos patirtų bet koks potencialus ieškovas tuo atveju, jeigu ji nebūtų paskirta. Jeigu viršų gauna antrasis, lemiamą reikšmę turi atsakovo kaltės faktas, kaip argumentas prieš jį, nepriklausomas nuo jo potencialaus bendro nuostolio dydžio.

„Dera pripažinti [mes vis dar įsivaizduojame blogiausią atvejį], kad iki šiol valstybė apie tokius atvejus nekalbėjo vienu balsu. Kai kurie teisminiai sprendimai viršenybę suteikė antrajam principui, o tokio sprendimo reikalauja 5-a interpretacija; kiti leido pirmajam paimti viršų antrojo atžvilgiu, kaip rekomenduoja 6-a interpretacija. Taigi mano interpretacinė situacija yra štai kokia. Dermės varžtai iš manęs reikalauja bet kokioje bendroje mūsų teisinės praktikos interpretacijoje rasti vietos abiems abstraktesniems – atjautos ir atsakomybės – principams. Jokia bendra interpretacija, kuri neigtų bet kurį iš jų, nebūtų įtikinama; integralumui negalėtų būti naudinga, jeigu kurio nors iš jų būtų visiškai atsižadėta. Tačiau integralumas reikalauja kaip nors spręsti jų varžybas dėl įtakos nelaimingų įvykių atvejais, kai neribota teisinė atsakomybė būtų finansiškai pragaištinga, – jis reikalauja rinktis, o kadangi mūsų praktika nieko nediktuoja, pasirinkimą lems pointerpretacinis sprendimas, kuris turi kilti iš

mano analizės. Integralumas to reikalauja, nes reikalauja, kad aš tęsčiau visa apimančią istoriją, kurioje tie du principai turėtų apibrėžtą vietą, pagrįstą geriausiais įmanomais argumentais, į viską atsižvelgiant. Mano požiūriu, geriausiai ši užduotis įvykdoma tuomet, kai antrasis principas iškeliamas virš pirmojo, bent jau automobilių avarijų atvejais, kai teisinę atsakomybę galima apdrausti privačiai pakankamai geromis sąlygomis. Tokį mano pasirinkimą lemia nuomonė, jog nors impulsas, diktuojantis kiekvieną iš šių dviejų principų, yra patrauklus, antrasis šiomis aplinkybėmis yra stipresnis. Tai iš manęs reikalauja tam tikrą skaičių praeities teisminių sprendimų paskelbti klaidomis ir juos atšaukti, jeigu tai leidžia maniškė jurisdikcija. Tačiau tokių sprendimų, kuriuos privalau laikyti klaidomis, skaičius, teisinės praktikos kaip visumos perspektyvos požiūriu nėra nei toks didelis, nei tiek fundamenataliai svarbus, kad jų nepaisymas paliktų mane be fundamentalaus pamato bendresnei interpretacijai, kurią ką tik aprašiau."

Kritinės teisės studijos

Vidiniam skeptikui nereikia laikytis šio argumento, tačiau jis privalo nuo jo nenusigręžti. Heraklis darė prielaidą, kad du jo identifikuotieji abstraktūs principai galėtų komfortiškai sugyventi toje pačioje bendroje mūsų teisinės praktikos interpretacijoje, nors kartais jos ir konfliktuoja. Skeptikas gali tai kvestionuoti ir teigti, kad principų antagonizmas yra gilesnis, nei suvokia Heraklis, kad jie yra išvesti iš dviejų nesuderinamų žmogiškojo veiksmo ar atsakomybės vizijų, todėl negali sugyventi jokioje koherentiškoje valdymo schemoje. Anot šio požiūrio, konfliktas tarp jų yra ne pasitaikanti praktinė problema, bet gilios doktrininės šizofrenijos simptomas. Kai kurie teisės pedagogai, daugiausiai – bet ne vien – amerikiečiai, dabar atrodo kelią šį giliai kritinį teiginį apie savo bendruomenės teisines praktikas.[16] Ten, kur Heraklis tikisi parodyti sistemą, jie regi vien filosofinį nenuoseklumą.

„Kritines teises studijas", kaip jie vadina savo sąjūdį, iki šiol apibrėžia daugiausia tik nario mokestis *(by subscription)*: jų šalininkai ren-

kasi į konferencijas, kurių tikslas yra nuspręsti, kas yra šis judėjimas.[17] Jie turi svarbių bendrų pažiūrų dėl teisinės edukacijos; jie viliasi „demistifikuoti" studijuojančiuosius teisę dėl teisės, primindami jiems tai, ką amerikiečių jurisprudencija ramesniu tonu akcentavo daugelį dešimtmečių, būtent: kad politinis įsitikinimas vaidina svarbų vaidmenį teisėjavime ir kad teisės pavidalas bet kuriuo laiku atspindi ideologiją ir galią, kaip ir tai, kas klaidingai vadinama „logika". Jie taip pat siekia studijuojančiuosius teisę padaryti jautresnius kitoms disciplinoms, konkrečiai prancūzų lingvistikai ir Hegelio metafizikai. Pagal savo politines laikysenas jie, kaip grupė, yra Amerikos politinio spektro kairėje (jie buvo ypač aktyvūs įvairiose teisės mokyklų politikos srityse), o didžioji dalis jų tekstų oponuoja tam, ką jie laiko konservatyvumu teisės teorijoje. Konkrečiai, jie oponuoja kitam pagrindiniam pastarojo meto Amerikos teisinės edukacijos akademiniam judėjimui, kartais vadinamam ekonominiu požiūriu į teisę, kurį nagrinėjame 8-ame skyriuje.

Visais šiais bruožais, užtikrinta savimoninga kairuoliška laikysena ir išskirtinėmis teorinėmis preferencijomis tam tikrų disciplinų atžvilgiu kritinės teisės studijos panėši į senesnį Amerikos teisinio realizmo judėjimą, ir dar per anksti spręsti, ar tai yra kas nors daugiau nei anachronistinis mėginimas prikelti naujam gyvenimui tą nuo arenos nuėjusį judėjimą. Didžioji dalis jų retorikos, kaip ir teisinio realizmo, yra pasiskolinta iš išorinio skepticizmo: jų atstovai mėgsta trumpas demaskuojamąsias etiketes, tokias kaip „objektyvizmas" arba „natūraliosios teisės metafizika", arba vertybių, „esančių antai ten išorėje", visatoje, idėją. Tačiau savo geriausiu ir perspektyviausiu pavidalu jos peržengia teisinio realizmo ribas, siekdamos globalios ir grėslios vidinio skepticizmo formos, kurią ką tik aprašiau. Jos tvirtina, kad mūsų teisinė kultūra toli gražu nepasižymi pavidalu, kuris duotųsi pateisinamas vieningo ir koherentiško principo, ir kad ta kultūra gali būti suvokiama tik kaip ištisinė nevaisinga prieštara. Jos atmestų – kaip galėtų ir vidinis skeptikas, kaip sakiau, – Heraklio paskutinįjį nepriklausomų, bet kartais konfliktuojančių, principų paaiškinimą, principų, gerbiančių individualią žalą nelaimingais atve-

jais. Kritinės teisės studijos papasakotų visai kitokią istoriją: apie dvi giliai antagonistines ideologijas, besikaunančias teisės viduje, iš kurių viena galbūt išvestina iš komunitarinių altruizmo ir savitarpio rūpesčio impulsų, o kita – iš priešingų egoizmo, savi-pakankamumo ir teisuoliško moralizmo idėjų.

Deja, didžioji dalis kritinių teisės studijų literatūros šiuos teiginius tik skelbia užuot gynusi, tarsi jie būtų savaime akivaizdūs. Tai gali reikšti rimtą tos rūšies argumento, kuris būtinas pagrįsti skeptinei pozicijai, supratimo klaidą: tas argumentas turi būti interpretacinis, o ne istorinis. Kritinėms teisės studijoms atstovaujantys istorikai teisę aprašo genetiškai, skirtingas teisės doktrinos dalis kildindami iš interesų ir ideologijų, kurios pirmos įtraukė kiekvieną iš tų dalių arba ją suformavo arba išsaugojo. Jie savo taikiniu renkasi kitus istorikus, kurie teikia kauzalines teorijas, pretenduojančias išaiškinti istorinius teisės procesus kaip kokio nors bendro funkcionalistinio plano rutuliojimąsi; jie nepatiria sunkumų argumentais prieš šiuos kauzalinius aiškinimus gindami ne tokį struktūruotą požiūrį į priežastinį aiškinimą teisėje, požiūrį, teikiantį daugiau erdvės kontingentiškumui ir atsitiktinumui.[18] Jų kūryba yra naudinga Herakliui, ir jis ryžtųsi rizikai ją atmesti, nes ji jam primena, kad niekas tame, kaip buvo produkuota jo teisė, negarantuoja jo sėkmės ieškant jos koherentiškos interpretacijos. Tačiau istorija negarantuoja ir jo nesėkmės, nes jo ambicijos yra interpretacinės tokia prasme, kuri priimtina filosofiniams teisės kaip integruotos visumos pagrindams. Jis mėgina suteikti doktrinai tvarkingą struktūrą, o ne atskleisti ją kūrusių jėgų tvarką. Jis triūsia ieškodamas principų komplekso, kuriuos jis gali pateikti integralumui pagrįsti, schemos, įgalinančios transformuoti įvairius ryšius teisės grandinėje į viziją valdžios, kalbančios vienu balsu dabar, net jei jis ir labai skiriasi nuo praeities lyderių balsų. Galbūt jam nepavyks – įsivaizdavome, kas ir kodėl jam gali nepavykti, – tačiau jo nesėkmės neužtikrina niekas iš to, ko moko net ir pati kruopščiausia ir jautriausia istorija.

Tačiau esama ir kitos, filosofiškesnės gaidos kritinių teisės studijų literatūroje, kuri labiau tiesiogiai susijusi su mums rūpimais daly-

kais, nes tuos jos teiginius, kuriuos dabar turime galvoje, yra lengviau suprasti kaip interpretacinius. Kritinės teisės studijos siekia parodyti ne tik kad skirtingos ideologijos produkavo skirtingas teisės dalis, bet kad bet koks kompetentingas šių skirtingų dalių pateisinimo mėginimas šiandien neišvengiamai atvertų fundamentalias principo prieštaras, kad Herakliui būtinai nepavyks nustatyti koherentiškos teisės imperijos kaip visumos struktūros. Tačiau šis skeptinis interpretacinis teiginys yra stiprus ir reikšmingas tik jeigu jis pradeda nuo to, nuo ko pradeda Heraklis: jis turi teigti ieškojęs ne tokios skeptinės interpretacijos ir jos neradęs. Nėra nieko paprasčiau ar beprasmiškiau nei įrodinėti, kad ydingas ir prieštaringas paaiškinimas tinka taip pat gerai kaip ir sklandesnis ir patrauklesnis. Vidinis skeptikas turi parodyti, kad ydingas ir prieštaringas paaiškinimas yra vienintelis įmanomas.

Liberalizmas ir prieštaringumas

Ar esama kokio nors trumpo kelio tam ambicingam negatyviam teiginiui pagrįsti? Kritinės teisės studijos mano, kad toks kelias yra tai, ką jos laiko filosofinės liberaliosios politinės teorijos klaidų demaskavimu. Šis argumentavimas susideda iš dviejų žingsnių. Pirma, juo teigiama, kad konstitucinę struktūrą ir pagrindines moderniųjų Vakarų demokratijų doktrinines linijas galima pateisinti tik kaip iš esmės liberalaus požiūrio į personalumą ir bendruomenę plėtojimą. Tvirtinama, kad perskyra tarp teisėjavimo ir teisėkūros, svarbi tai struktūrai, atspindi liberalią laisvės sampratą; pavyzdžiui, nurodomi tie privačius sutarties, delikto ir nuosavybės santykius reguliuojančios teisės bruožai, kurie realizuoja liberaliuosius individualios atsakomybės idealus. Antra, argumentuojama, jog liberalizmas, kaip filosofinė sistema, kombinuojanti metafizines ir etines idėjas, yra didžiai prieštaringa ir kad dėl to liberalizmas, prieštaraudamas pats sau, lemia chaosą ir paneigia bet kokią įmanomą mūsų teisės interpretaciją, pasmerkdamas Heraklio projektą žlugimui. Tai jaudinantis argumentas, ir tas, kuris jaučia palankumą liberalizmui, pirmąjį jo žings-

nį pripažins esant neišvengiamą. Tačiau argumentai, grindžiantys jo antrąjį žingsnį, – apie liberalizmo nekoherentiškumą – iki šiol buvo tik akį rėžiančios ir net piktinančios nesėkmės. Jie prasideda ir baigiasi klaidingu liberalizmo aiškinimu, neparemtu jokiu įtikinamu tų filosofų, kuriuos jie priskiria liberalams, perskaitymu.[19]

Be to, jie, atrodo, visiškai ignoruoja perskyrą, kurią ką tik pripažinome esant esminės reikšmės bet kokiam vidinio skepticizmo argumentui, – perskyrą tarp konkurencijos ir prieštaravimo pagal principus. Šis trūkumas yra ryškus ir detalesniuose, labiau doktrininiuose kritinių teisės studijų teikiamuose tyrimuose, įskaitant tuos, kurių intencija yra tiesiogiai kritikuoti teisės kaip integruotos visumos sampratą. Vieną šviežią pavyzdį kiek išsamiau cituoju ir aptariu išnašoje, nes jis susijęs būtent su ta teisės sritimi, kurią mes iki šiol šiame skyriuje naudojome kaip pagrindinę iliustraciją.[20] Kritines teisės studijas dera išvaduoti iš šių klaidų, nes jų bendros skeptinės ambicijos, suprantant vidinio skepticizmo modusu, yra svarbios. Turime daug ko pasimokyti iš jų kritinės praktikos, iš jų nesėkmių, lygiai kaip ir iš jų laimėjimų. Tačiau tokiu atveju tariame, jog jų tikslai yra teisės kaip integruotos visumos tikslai, jog savo veikla jos siekia atskleisti ar – ir kokiu mastu – teisėjams yra atviros perspektyvos patobulinti teisę, sykiu išlaikant pagarbą brolybės dorybėms, kurioms tarnauja integralumas. Tai išties yra bent jau kai kurių šio sąjūdžio dalyvių siekiai.[21] Tačiau kiti gali turėti kitokį ir priešingą tikslą. Jie gali puoselėti norą parodyti teisę nepalankiausioje, o ne geriausioje šviesoje, parodyti, jog nėra tų perspektyvų, kurios iš tiesų yra atviros, judėti naujos mistifikacijos link, aptarnaujančios neatskleidžiamus politinius tikslus.

8. Bendroji teisė

EKONOMINĖ INTERPRETACIJA

Ankstesniame skyriuje pasitelkėme Heraklį, kad išnagrinėtume vieną nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės klausimą. Šiame skyriuje Herakliui leisime pailsėti prieš kitus darbus, jam teksiančius vėliau; pastudijuosime nelaimingus įvykius reguliuojančią teisę kaip visumą abstraktesniu ir akademiškesniu būdu, mėgindami rasti gilesnį, bendresnį ir filosofiškesnį „galimo reikalauti numatymo" *(reasonable foresight)* principo pateisinimą, principo, dėl kurio jis yra apsisprendęs. Pastaruoju metu teisininkai Jungtinėse Valstijose žavisi vienu stambiu interpetaciniu teiginiu, – pažymėtu ir Britanijoje, – vadinamu „ekonomine" netyčinę žalą reguliuojančios teisės teorija. Ji teikia bendrą sprendimų, mūsų teisėjų priimtų nelaimingų įvykių ir viešosios rimties pažeidimų bei kitos netyčinės žalos klausimais interpetaciją.[1] Šių sprendimų raktu ji laiko „ekonominį" principą, anot kurio žmonės visuomet turėtų veikti tuo būdu, kuris, finansiškai imant, mažiausiai atsieis jų bendruomenei kaip visumai. Tarkime, jog aš galiu Jūsų nesužaloti, automobilyje įrengdamas apsauginį įtaisą. Jeigu to nepadarau ir Jus sužaloju, tai, pagal tą principą, aš privalau Jums kompensuoti Jūsų nuostolius, jeigu apsauginis įtaisas man būtų kainavęs mažiau negu pats nelaimingas įvykis, jį įkainojant „su nuolaida", jei yra didelė tikimybė, kad jis galėtų neįvykti net ir nesant apsauginio įtaiso. Tačiau aš neprivalau Jums kompensuoti, jeigu įtaiso įrengimo kaina būtų buvusi didesnė negu nelaimingo įvykio kaina su nuolaida.[2]

Bendruomenės materialinė gerovė ir Coase'o teorema

Ekonominė teorija sugestijuoja, kad šis ekonominis principas užtikrina geriausią nelaimingų įvykių interpretaciją. Todėl turime patikrinti šį principą, klausdami, kokius sprendimus dėl to, kam kokia finansinė našta turi tekti nelaimingų įvykių atvejais, priimtų valstybės pareigūnas, kuris kaip suverenas jį pripažino. Pirma, jam reikės bendruomenės materialinės gerovės apibrėžimo, kad galėtų nuspręsti, kokie sprendimai bendruomenei atsieina mažiausiai. Ekonominė teorija teikia gana specialų (ir daugeliu atžvilgiu prieštaraujantį intuityviam supratimui) šio tikslo apibrėžimą: bendruomenės materialinė gerovė yra visų jos gėrybių ir paslaugų vertė, o dalyko vertė yra maksimalus pinigų kiekis ar pinigų vertė, kuriuos kas nors nori ir gali už tą dalyką sumokėti. Jeigu esama kokio nors dalyko rinkos kainos, jo verte laikoma ta rinkos kaina; jeigu nesama tikros rinkos, to dalyko vertė yra tai, ką žmonės būtų nusiteikę ir pajėgūs sumokėti, jeigu rinka būtų. Iš to išeina, kad rinkos sandoriai ugdo bendruomenės materialinę gerovę. Taip pat iš to kyla išvada, kad kai rinkos transakcijos yra neįmanomos, gerovė ugdoma tuomet, kai žmonės „simuliuoja" rinkas, elgdamiesi taip, tarsi jie turėtų teises ir pareigas, kurias turėtų, jeigu derybos būtų įmanomos ir būtų naudojamos.[3]

Dabar galime paklausti, kaip valstybės pareigūnas, akceptavęs ekonominį principą ir šį bendruomenės materialinės gerovės apibrėžimą, kurtų teisės normas, nustatančias teisinę atsakomybę už nelaimingus įvykius. Apsvarstykime nelaimingo įvykio tipą, kuris dažnai tapdavo teismų svarstymo objektu. Traukinys, visu greičiu lėkdamas pro fermą šalia geležinkelio, sukelia kibirkštis, nuo kurių užsidega ir yra sunaikinami pasėliai, augantys šalia bėgių. Ar šis nuostolis turi tekti fermeriui? Ar jam turi kompensuoti geležinkelio bendrovė? Kokią normą išleistų apie tai informuotas teisės kūrėjas, trokštąs pakelti suminę bendruomenės gerovę? Įsivaizduokime, jog ekonominiai faktai yra štai kokie (pavadinkime tai 1-uoju atveju). Jeigu geležinkelio bendrovė traukinio greitį sumažina tiek, jog dabar jis nebesukelia kibirkščių, bendrovės pelnas bus 1000 dolerių mažesnis. Jeigu

traukinys juda tuo greičiu, kuris šiaip yra pats pelningiausias bendrovei, fermeris neteks pasėlių, iš kurių jis gautų 1100 dolerių pelno. Šiomis aplinkybėmis bendruomenė visumos požiūriu bus turtingesnė (pagal reikalaujamąjį bendruomenės materialinės gerovės apibrėžimą), jeigu traukinys judės lėčiau. Dabar tarkime (2-asis atvejis), jog ekonominiai faktai yra priešingi. Jeigu traukinys juda lėčiau, bendrovė neteks 1100 dolerių pelno, o jeigu ne – fermeris neteks tik 1000 dolerių pelno. Dabar bendruomenė visumos požiūriu bus turtingesnė, jeigu traukinys judės greitai ir pasėliai bus sudeginti. Taigi tas, kuris trokšta pakelti bendruomenės gerovę, tiems dviem atvejams, matyt, išleistų skirtingas teisinės atsakomybės normas. Pirmuoju atveju jis nustatytų teisinę atsakomybę už fermeriui padarytą žalą geležinkelio bendrovei, tad traukinio greitis būtų apribotas, o antruoju atveju nuostolių naštą paliktų fermeriui, tad traukinys nemažintų greičio.

Tačiau jei darome tam tikrą papildomą prielaidą dėl ekonominių faktų, bendruomenės gerovės požiūriu netikėtai nelieka jokio skirtumo, kurią normą pasirenka teisės kūrėjas bet kuriuo iš tų atvejų.[4] Tai prielaida, jog (ekonomistų kalba tariant) transakcijos tarp geležinkelio bendrovės ir fermerio kaina yra nulinė, o tai reiškia, kad nė vienai iš šalių nieko nekainuotų sulygti dėl privataus sutarimo, pakeičiančio bet kokios normos, išleidžiamos teisės leidėjo, nustatomus rezultatus. Jeigu 2-uoju atveju transakcijos kaina yra nulinė, o geležinkelio bendrovei tenka teisinė atsakomybė, tai traukinys vis tiek judės greitai ir produkuos visą tą gerovę bendruomenei, kurią jis būtų produkavęs, jeigu jai nebūtų paskirta teisinė atsakomybė. Jis vis vien judės greitai dėl to, kad geležinkelio bendrovė pasiūlys fermeriui kokią nors sumą tarp 1000 ir 1100 dolerių, kad jis nieko nesėtų prie geležinkelio (arba nesibylinėtų dėl nuostolio, jeigu sėja), o fermeris priims tokį pasiūlymą. Jie sudaro tokį sandėrį, nes jis naudingas abiem pusėms: geležinkelio bendrovė sutaupo skirtumą tarp tos sumos, kurią ji pasiūlo, ir 1100 dolerių sumos, kurią ji prarastų, jeigu sulėtintų traukinį, o fermeris laimi skirtumą tarp tos sumos ir 1000 dolerių, kuriuos gautų augindamas javus. Panašiai ir 1-uoju atveju – jeigu teisės leidėjas palieka nuostolių naštą fermeriui, užuot

paskyręs teisinę atsakomybę geležinkelio bendrovei, javai vis tiek bus sėjami, o bendruomenė bus tokia pat turtinga, kaip ir tuo atveju, jeigu jis priimtų priešingą sprendimą. Mat dabar fermeris pasiūlys geležinkelio bendrovei kokią nors sumą tarp 1000 ir 1100 dolerių, kad ta sumažintų traukinio greitį, o bendrovė sutiks su tokiu pasiūlymu, nes tuomet ji laimės skirtumą tarp siūlomosios sumos ir 1000 dolerių, kurių ji netektų, sulėtinusi traukinį.

Taigi pagal nulinės transakcijos sumos prielaidą bendruomenės visuminės gerovės požiūriu nėra jokio skirtumo, kurią normą pasirenka teisės kūrėjas. Žinoma, geležinkelio bendrovei ir fermeriui toli gražu ne tas pat, kurią normą teisės kūrėjas pasirenka. Jeigu jis abiem atvejais teisinę atsakomybę skiria geležinkelio bendrovei, bendrovė taps neturtingesnė, o fermeris – turtingesnis nei tuo atveju, jeigu jis jai neskiria atsakomybės. Tačiau savaime šitai gerovės testui nerūpi. Tam testui rūpi bendruomenės suminė gerovė, kuriai neturi įtakos pinigų perėjimas iš vienos grupės į kitą, jeigu jis dėl kokios nors ypatingos priežasties nepadidina ar nesumažina sumos. Tačiau jums galėtų parūpti praktinė reikšmė argumento, jog bendruomenės gerovės požiūriu nesvarbu, kuri norma pasirenkama, jeigu transakcijos kaina yra nulinė, – mat ta kaina niekuomet tokia nėra. Net jeigu fermeris laisvalaikiu skaito kodeksus, ir todėl jam nėra reikalo samdytis teisininko, kad derėtųsi jo vardu, jis juk galėtų skaityti sėklų katalogus, užuot sukęs galvą, ar pasiūlyti 1050, ar – 1075 dolerius. Jeigu transakcijos kaina yra pakankamai didelė, ji sutrukdys sandėriui, kuris pakeltų bendruomenės gerovę. Tarkime, jog legislatūra nurodo geležinkelio bendrovėms – tokiomis aplinkybėmis kaip 2-ojo atvejo – kompensuoti fermeriams, ir sulygti dėl sutarimo, pagal kurį fermeris neaugintų pasėlių prie geležinkelio, šalims drauge kainuotų daugiau negu 100 dolerių. Tuomet tokia sutartis nebus sudaryta – transakcijos kaina gerokai viršytų mažiausiai vienos iš šalių numatytą naudą – taigi traukinys nevažiuotų greitai, o bendruomenė dėl to, bendrai imant, būtų neturtingesnė.

Tačiau teoriškai įsivaizduoti, jog tos transakcijos kaina, anot ekonominės interpretacijos, nulinė, vis tiek yra svarbu, mat taip identi-

fikuojamas lemiamas vaidmuo, kurį ši kaina atlieka, o tai suponuoja štai kokį praktinį patarimą teisės leidėjui, pripažįstančiam tą ekonominį principą, kaip jis turėtų priimti sprendimą, jei tariame, jog jis privalo pasirinkti arba aiškią normą, skiriančią teisinę atsakomybę geležinkelio bendrovėms dėl visų jų kibirkščiuojančių traukinių sudegintų pasėlių, arba aiškią normą, neigiančią tokią teisinę atsakomybę. Jis turi pasirinkti tą normą, kuri, jo manymu, labiau artins prie visa aprėpiančio ekonominės veiklos modelio produkavimo – traukinių lėtinimo arba pasėlių neauginimo – veiklos, dėl kurios sutarties forma sutartų įvairios geležinkelio bendrovės ir fermeriai, jei transakcijos kaina būtų nulinė. Tačiau taip pat jis turėtų atsižvelgti į tai, ar tikėtina transakcijos kaina skatins sandėrius tose konkrečiose ypatingose situacijose, kai ekonominiai faktai yra priešingi jo visuminei prognozei.[5] Jeigu, pavyzdžiui, jis mano, kad geležinkelio bendrovei būtų pigiau inicijuoti ir vesti derybas, kai faktai yra tokie kaip 2-uoju atveju, negu fermeriui, kai jie yra tokie kaip 1-uoju atveju, tai šitai yra argumentas už teisinės atsakomybės nustatymą bendrai geležinkelio bendrovėms, o ne argumentas palikti nuostolių naštą fermeriams. Šiuo būdu teisės kūrėjas maksimizuoja bendruomenės gerovę, mėgindamas apskaičiuoti, ką būtų produkavusios tikros derybos, jeigu būtų buvusios įmanomos.

KEBLUMAI

Supratingas žmogus

Teisės kūrėjui nėra reikalo visada rinktis iš tokių aiškių bendrų normų. Rafinuotesnė ekonominė analizė galėtų parodyti, jog kokia nors sudėtingesnė norma, jautresnė ekonominių faktų balansui konkrečiais atvejais, produkuos daugiau gerovės bendruomenei. Tarkime, jog *Vulcan Express* traukinys juda didžiausiu įmanomu greičiu savo konkrečiu maršrutu – jis sunaikins šalia jo bėgių auginamų pasėlių už 1100 dolerių; jeigu jis juda mažesniu greičiu, kuris leidžia visai išvengti kibirkščių, geležinkelio bendrovė neteks 1000 dolerių.

Tačiau jeigu jis juda vidutiniu, sakykime, 70-ies mylių per valandą greičiu, geležinkelio bendrovė praras 500 dolerių pajamų, ir menkesnės kibirkštys sunaikins javų tik už 400 dolerių. Bendruomenės gerovei šis atvejis palankesnis nei bet kuris iš ankstesnių minėtų atvejų, taigi teisės leidėjas pasielgs geriau, – pagal gerovės testą, – pasirinkdamas normą, pagal kurią tas traukinys yra teisiškai atsakingas už žalą tik tuomet, kai viršija 70 mylių per valandą greitį. Tačiau galbūt įmanomas dar geresnis greitis, kurį jis galėtų pasirinkti. Ir net jeigu jis turėtų visus faktus, reikalingus parinkti optimalų greitį *Vulcan Express* traukinio maršrutui, tas greitis galėtų būti visai netinkamas *Thor Flyer* traukiniams, kurie važiuoja visai kitomis apylinkėmis.

Galbūt herakliškas teisės kūrėjas, turintis atitinkamą darbotvarkę, galėtų nustatyti optimalų greitį kiekvienam traukiniui atskirai. Tačiau bet kokios net ir tokiu būdu jo kuriamos normos netruks pasenti. Mat optimalus greitis priklausys nuo technologijos, kuri kinta, nuo be galo sudėtingos krovininio ir keleivinio transporto ekonomikos ir nuo grūdų kainos – be kitų permainingų faktų. Be to, traukiniai, važiuojantys arti pasėlių, kurie, tikėtina, sudegs nuo jų sukeliamų kibirkščių, yra tik vienas tos rūšies konflikto, kurį dabar svarstome, pavyzdys. Esama be galo daug kitų tokio pobūdžio aplinkybių rūšių, aplinkybių, kuriomis vienas asmuo, vykdantis šiaip teisėtą veiklą, gali padaryti netyčinę žalą kam nors kitam. Muzikantas groja roko muziką, kai jo kaimynas mėgina studijuoti algebrą. Poetas, savo plyšavimu trikdantis poilsingai vaikštinėjančius žmones. Statytojas kasa pamatus savo valdose ir atsitiktinai kliudo požeminę elektros liniją, kuria tiekiama energija kieno nors kito fabrikui, esančiam kiek toliau. Valstybės pareigūnui, kuris nori, kad teisė, reguliuojanti šias įvairias netyčinės žalos formas, ugdytų visuminę bendruomenės gerovę, reikia štai kokios bendro pobūdžio normos. Tas, kieno veikla padaro netyčinę žalą kitam asmeniui ar turtui, bus teisiškai atsakingas už tą žalą, jeigu tomis aplinkybėmis jo veikla buvo netinkama, o veikla yra netinkama, jeigu veikėjui tos veiklos santykinė kaina yra mažesnė negu kaina žalos, kurią ta veikla gresia padaryti kitiems.

Ši bendra ir abstrakti norma žmones, esančius geležinkelio bend-

rovių pozicijoje, verčia apskaičiuoti sau socialinės kainos balansą, sprendžiant, pavyzdžiui, kokį greitį leisti kiekvienam iš savo traukinių, ir kartais tą balansą perskaičiuoti, keičiantis technologijai ir įvairiems pasiūlos ir paklausos komponentams. Tačiau su šia norma susijęs tam tikras pavojus. Mūsų teisės leidėjas nenori, kad žmonės leistų pernelyg daug laiko ar pinigų mėgindami apskaičiuoti visas kokios nors veiklos ekonomines pasekmes, nes pats šis laiko ir pinigų leidimas mažins bendruomenės gerovę. Todėl jis nustato, kad reliatyvios kainos apskaičiavimas turi atspindėti faktus ir nuomones, kuriuos žinotų ar kurių laikytųsi „supratingas" asmuo, skiriantis „tinkamą" kiekį laiko ir pinigų apskaičiavimams. Ir vėl: tinkamumo testas klaustų, ar bendruomenė būtų turtingesnė bendru mastu, jeigu žmonės tomis aplinkybėmis skirtų tiek laiko ir pinigų. Bendruomenės gerovė maksimizuojama skatinant veiklas, kurios, esant normaliam režimui ir remiantis esama informacija, kelia bendruomenės gerovę, o ne verčiant žmones aiškintis visas ekonomines kiekvieno individualaus akto pasekmes kiekvienomis aplinkybėmis.

Taigi efektyvus „tinkamumo" testas kai kuriuos žmones atleis nuo teisinės atsakomybės, nors jie padarė žalą, gerokai pranokstančią tą sumą, kurią jiems būtų kainavę nesiimti veiklos, lėmusios žalą. Tarkime, jog geležinkelio bendrovė, naudodama tuo metu jai prieinamą informaciją, yra apskaičiavusi, kad traukinio greičio sumažinimo kaina būtų didesnė nei kviečių ar kitų javų, kuriuos, tikėtina, jis sunaikins, vertė. Tačiau vienas fermeris arti geležinkelio, apdengęs šiaudais, laiko savo privačią Renesanso tapybos kolekciją, kuri sudega. Dabar paaiškėja, jog bendruomenei viskas būtų atsiėję pigiau, jeigu šis konkretus traukinys būtų važiavęs iš lėto. Tačiau jeigu tai bendrovei tektų teisinė atsakomybė už tokią žalą, ji būtų turėjusi parengti statistinius skaičiavimus, numatančius dydį žalos, kuri netikėtais atvejais galėtų būti padaryta nežinomai ir vertingai nuosavybei, paprastai nelaikomai fermose. Šitai būtų brangiau – ir ne taip tikslu – palyginti su kaina tyrimų, kuriuos atliktų kiekvienas fermeris, kad nustatytų savo vertingo ir neįprasto turto laikymo kitoje vietoje reliatyvią kainą ar brangesnio draudimo kainą, jeigu tokio nuostolio rizika tektų jam.[6]

Prisidėjimas prie aplaidumo (contributory negligence)

Dabar pasvarstykime kitą galimybę. Galbūt bendruomenės gerovę padidintų nuostata teisinę atsakomybę geležinkelio bendrovėms skirti tik už tam tikrą žalą, padaromą jų traukinių kibirkščių, net jei buvo netinkama važiuoti tuo greičiu, kuriuo jie važiavo. Tarkime, jog traukinys važiuoja 150 mylių per valandą greičiu, ir tai yra netinkamas greitis, nes kelia pavojų pasėliams, kurie yra verti daugiau nei santykinis pelnas, gaunamas važiuojant tuo greičiu; kibirkštys iš tiesų sudegina pasėlius, tačiau, kaip paaiškėja, tik dėl to, kad fermeris toje vietoje išpylė degų skystį. Mūsų teisės leidėjas gali svarstyti tris galimas normas šios rūšies situacijoms reguliuoti. Viena iš galimybių yra sakyti, jog kadangi traukinio veika yra pripažintina netinkama, jis turi teisiškai atsakyti dėl visos tos žalos, kurią lėmė ta veika, net žalos, kuri nebūtų buvusi padaryta, jeigu ir pats fermeris nebūtų pasielgęs nerūpestingai. Arba jis galėtų sakyti, – tai antra galimybė, – jog kadangi fermerio nerūpestingumas buvo esminė priežastinės grandinės dalis, jam turėtų tekti visi nuostoliai, nes jis buvo, pasak frazės, sukurtos šiam argumentui išreikšti, „bendrininkas per aplaidumą“ *(contributorily negligent)*. Arba jis galėtų nuspręsti, jog kadangi abi pusės, geležinkelio bendrovė ir fermeris, veikė netinkamai, bendrovė privalo kompensuoti fermeriui dalį nuostolių, bet ne visus nuostolius. Tokiu atveju jis pasirinktų tai, kas kartais vadinama „lyginamojo“ aplaidumo doktrina, kuri nuostolių naštą paskirsto visoms šalims, tam tikroje situacijoje pasielgusioms netinkamai, pagal tai, kiek netinkamai kiekvienas elgėsi arba kokiu mastu kiekvieno netinkamas elgesys prisidėjo prie nelaimingo įvykio, arba remiantis tam tikra šių kriterijų kombinacija. Kuri iš šių įvairių normų dėl kompensacijos, kai daugiau nei viena šalis elgiasi netinkamai, iš tikrųjų daugiausia prisidėtų prie bendruomenės gerovės, yra įdomus ir sudėtingas ekonomikos klausimas.

Dermės klausimas

Ekonominės teorijos šalininkai mėgina įrodyti (daug detaliau ir daug subtiliau, darydami patikslinimus ir pažymėdami keblumus, kuriuos aš ignoravau) tai, ką mano argumentas dabar pradėjo sugestijuoti. Mat įvairios normos ir instrumentai, kuriuos aprašiau, – tie, kuriuos teisės leidėjas, kuriam terūpi maksimizuoti suminę bendruomenės gerovę, svarstytų kurdamas nelaimingus įvykius reguliuojantį įstatymą, – yra, apskritai imant, normos, kurias anglų amerikiečių teisėjai sukonstravo ir dėl kurių diskutavo moderniosios aplaidumą reguliuojančios teisės formavimosi laikotarpiais, ir šios normos vis dar sudaro pagrindines nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės doktrinas daugumoje jurisdikcinių sistemų. Jeigu teisės kūrėjas, ištikimas ekonominiam principui, iš tiesų paskelbtų pažįstamus mūsų teisinės praktikos standartus, tokius kaip „supratingo žmogaus" norma ir tiesioginio priežastingumo *(proximate causation)* taisyklės, numatomumas, prisidėjimas prie aplaidumo *(contributory negligence),* lyginamasis aplaidumas ir žalos mastas, tai ekonominė interpretacija bus išlaikiusi svarbų testą. Ji tenkina tinkamą slenkstinį dermės reikalavimą. Beveik niekas neteigtų tobulos dermės, nes šios normos įvairuoja, bent jau detalių lygmeniu, skirtingose jurisdikcinėse sistemose. Daugelis iškilių akademinių teisininkų tikrai teigia labai substancišką dermę, ir ši pretenzija karštai ginčijama. Ekonominės interpretacijos kritikai plėtoja argumentą, jog, įdėmiau pažvelgus, teismų išplėtotos normos dėl aplaidumo ir su juo susijusių dalykų nemaksimizuoja bendruomenės gerovės, jog teisės kūrėjas, savimoningai atsidėjęs bendruomenės gerovės maksimizavimui, būtų pasirinkęs kitokias normas.[7] Per šį ginčą ekonominė teorija atėjo į teisės žurnalų puslapius ir net kai kurias teisėjų nuomones, ir buvo sukurtas bent jau įspūdis, kad formali ekonominė analizė įgudusiose rankose yra efektyvus instrumentas.[8]

Mūsų bendrojo projekto dėlei tarkime, kad ekonominė interpretacija pakankamai gerai dera su nelaimingus įvykius reguliuojančia teise, kad galiotų kaip sėkminga tų dalykų interpretacija. Tai nereiš-

kia, kad praeities teisėjai iš tikrųjų turėjo omenyje gerovės maksimizavimą. Pavyzdžiui, tai, ar prisidėjimą prie aplaidumo reguliuojanti norma maksimizuoja bendruomenės gerovę, priklauso nuo be galo subtilių matematinių analizių, kurias tik labai nedaug iš tų teisėjų būtų galėję suprasti. Tačiau interpretacija neturi būti nuosekli praeities teisėjų pažiūrų ar nuomonių atžvilgiu – to, kaip teisėjai suprato tai, ką daro, atžvilgiu, – kad galėtų būti laikoma tinkama interpretacija to, ką jie iš tikrųjų darė. Kai kurie teisininkai tikrai mano, kaip pažymėjome 7-ame skyriuje, jog interpretacija yra netinkama, jeigu nedera su praeities teismine retorika ir opinija, nors ir dera su priimtaisiais sprendimais. Tačiau protingiau atrodo tos rūšies dermę laikyti vienu iš pageidautinų dalykų, kurį galėtų persverti kiti, sprendžiant, ar interpretacija pakankamai dera. Taigi ekonominės interpretacijos negalime atmesti tuo vienintelių pagrindu, jog ji būtų nustebinusi teisėjus, kurių sprendimus siūlosi interpretuoti.

TEISINGUMO KLAUSIMAS

Akademinė ir praktinė teorija

Sėkminga interpretacija turi ne tik derėti su praktika, kurią ji interpretuoja, bet ir pateisinti ją. Mūsų aprašytieji teisminiai sprendimai kai kuriuos žmones verčia kompensuoti kitiems nuostolius, patirtus dėl to, kad jų šiaip teisėtos veiklos konfliktavo, o kadangi šie sprendimai yra priimti po įvykio, jie yra pateisinami tik tuo atveju, jeigu yra pagrindo manyti, kad žmonės, kuriems skiriama atsakomybė už nuostolius, būtų turėję elgtis kaip nors kitaip arba būti pasirengę pripažinti padarytą atsakomybę už jų žalą. Taigi sprendimus galima pateisinti tik pasitelkiant kokią nors bendrą moralinės atsakomybės schemą, kurią, kaip galima pagrįstai manyti, turi bendruomenės nariai – dėl kitų nežalojimo arba dėl finansinės atsakomybės už savo veiksmus. Ar galime rasti įtikinamą atsakomybės schemą, įtikinamą paaiškinimą, kaip turėtų elgtis žmonės, kuris siūlytų teisinę atsakomybę padaryti priklausomą nuo rinkos simuliacijos testo?

Mums reikia dar vienos perskyros: tarp to, ką mes galėtume pavadinti akademiniu, ir to, ką galėtume pavadinti praktiniu moralinės teorijos išplėtojimu. Žmonės, kurie savimoningai apsisprendžia dėl asmeninės atsakomybės už nelaimingus įvykius schemos, vadovaudamiesi abstrakčia moralės teorija, nemėgintų apibrėžti labai konkrečių normų, tiksliai nurodančių, ko ta abstrakti teorija reikalautų visomis įmanomomis aplinkybėmis, jeigu ją plėtotų akademinis moralės filosofas, galintis atsižvelgti į visus įmanomus fakto niuansus. Jeigu jie tai darytų, produkuotų pernelyg daug normų, kad jas būtų galima suprasti ir įvaldyti. Jie turėtų dvi galimybes, kurias galėtų kombinuoti. Jie galėtų apsispręsti dėl normų, vartojančių žodžius, tokius kaip „pagrįsta tomis aplinkybėmis", kurie ragina daryti specifiškesnę kalkuliaciją konkrečiomis progomis, arba galėtų sukonstruoti šiurkščias normas, aiškias savaime, kurios ignoruoja subtilybes. Taigi mes ieškome moralės teorijos, kurios praktinis, o ne akademinis išplėtojimas reikalautų rinkos simuliuojamųjų teisės normų *(market-simulating rules of law)*. Vis dėlto, kai mes imamės tikrinti bet kokią tokio pobūdžio teoriją, kad įsitikintume, ar ji yra įtikinama *kaip* moralės teorija, turime tirti jos akademinį išplėtojimą, nes tuomet mums rūpi ne praktinis koregavimas, reikalingas norint padaryti tą teoriją lanksčią ir efektyvią politikoje ir kasdieniame gyvenime, bet visai kitas klausimas: pirmiausia ar mes galime pripažinti tą teoriją. Jeigu mes negalime pripažinti jos akademinio išplėtojimo dėl to, kad kuri nors jo dalis mums atrodo moraliai neteisinga, teorijos neišgelbėja ir tai, kad jos praktinis išplėtojimas būtų kitoks. Juk būtent akademinis išplėtojimas atskleidžia tikrąją moralės teorijos esmę ar pobūdį. Šios perskyros svarba išsyk įsitikinsime, svarstydami patį natūraliausią – nes paprasčiausią – rinkos simuliuojamųjų normų gynimą moraliniais pagrindais.

Ar mes turime pareigą maksimizuoti gerovę?

Šį gynimą sudaro dviejų žingsnių argumentas. (1) Žmonės turi moralinę pareigą gausinti visuomenės kaip visumos gerovę, kad ir ką jie darytų, ir atitinkamą moralinę teisę į tai, kad šiuo būdu visada veik-

tų ir kiti. (2) Bendruomenės kaip visumos gerovę sudaro jos suminė materialinė gerovė, – pagal apibrėžimą, kurį aprašiau anksčiau; bendruomenė visuomet yra geresnė, kai ji yra ta prasme turtingesnė. Antrasis šio argumento žingsnis yra absurdiškas, mat, pažiūrėję į akademinį šio teiginio išplėtojimą, sužinome, kad turtingesnė visuomenė būtinai yra geresnė visuomenė.[9] Tarkime, jog beturčiui ligotam žmogui reikia vaistų ir dėl to jis yra nusiteikęs už penkis dolerius, kuriuos kainuoja vaistai, parduoti pamėgtą knygą, savo vienintelį malonumo šaltinį. Jo kaimynas yra nusiteikęs sumokėti, jeigu reikėtų, ir 10 dolerių, kad įsigytų tą knygą, nes jis yra garsus (ir turtingas) autoriaus vaikaitis, ir, įrašęs autografą į tą knygą, jis gali ją parduoti už 11 dolerių. Bendruomenė praturtinama, pagal ekonominį bendruomenės gerovės apibrėžimą, jeigu policija tiesiog atima knygą iš vargingo ligoto žmogaus ir atiduoda ją jo turtingam kaimynui, palikdama vargingąjį žmogų ir be knygos, ir be vaistų. Bendruomenė tampa turtingesnė, nes knyga turtingojo žmogaus rankose yra verta 11-os dolerių, ir tik 5-ių dolerių vargingajam žmogui. Jeigu knyga iš vargingojo žmogaus atimama, bendruomenės sudėtinė gerovė padidėja netgi labiau, palyginti su tuo, kokią naudą turėtų, jeigu tie du žmonės sudarytų sandėrį, nes prievartinis perdavimas sutaupo tų derybų ir transakcijos išlaidas.

Tokio sprendimo nenumatytų *praktinis* tezės, jog žmonės visuomet turi pareigą daryti tai, kas padarys bendruomenę turtingesnę, išplėtojimas. Valstybės pareigūnas, trokštantis sukurti teisės normas, atspindinčias tą pareigą, vengtų bet kokios normos, leidžiančios prievartinius perdavimus net tokiomis aplinkybėmis kaip šios. Aš tariau, jog mes žinome, kad vargingasis žmogus parduotų knygą už 5 dolerius, o turtingasis sumokėtų 10 dolerių. Tačiau geriausias būdas nustatyti, kaip žmonės vertina daiktus, – pareikalauti iš tikrųjų sudaryti sandorius. Priešingu atveju mes neturime gerų priemonių testuoti, ar jie iš tikrųjų padarytų tai, ką sako padarysią. Be abejo bendruomenei atsieina brangiau leisti kaimynams derėtis dėl tikslios knygos kainos nei atimti knygą iš vargingojo žmogaus, neeikvojant laiko, kurio pareikalautų derybos. Tačiau ilgalaikėje perspektyvoje mes daugiau

laimime tikslumo požiūriu, reikalaudami, kad žmonės derėtųsi, taip užtikrinant, kad gerovę iš tikrųjų ugdo turto judėjimas *(a transfer)*. Taigi valstybės pareigūnas, kuris manytų, kad žmonės visada turi pareigą maksimizuoti bendruomenės gerovę, reikalautų, kad teisė neįteisintų prievartinių perdavimų, kai yra įmanomas derėjimasis. Nepaisant to, mūsų paprastas argumentas prieš gerovės maksimizavimo pareigą išlieka, nes šio argumento intencija yra parodyti ne tai, jog ta pareiga produkuos pasibaisėtinus rezultatus praktikoje, o kad tai, ką ji rekomenduoja, jeigu tai būtų galima įgyvendinti, yra didžiai neteisinga pagal principą. Net jei būtume *tikri,* kad turtingasis žmogus sumokėtų daugiau, negu prašytų vargingasis žmogus, taigi kad socialinė gerovė iš tiesų būtų padidinta tiesiog atimant knygą iš vargingojo žmogaus ir atiduodant ją jo turtingajam kaimynui, mes nemanytume šios situacijos po perdavimo, įgyvendinto tokiu būdu, kokiu nors atžvilgiu esant teisingesnės arba bendruomenės – kokiu nors atžvilgiu geresnės. Taigi socialinės gerovės pakėlimas pats savaime nedaro bendruomenės geresnės.

UTILITARINĖ PAREIGA

Utilitarinis argumentas

Tad jeigu esama gero argumento už materialinę gerovę maksimizuojantį, rinką simuliuojantį požiūrį į asmeninę teisinę atsakomybę, jis turi būti komplikuotesnis nei toks paprastas požiūris, kurį dabar atmetėme. Toliau turime apsvarstyti, ar būtų galima rasti argumentų populiarioje moralinėje utilitarizmo teorijoje, kurie teigtų, kad politiniai sprendimai turėtų siekti pakelti vidutinę laimę (ar – pagal kokią nors kitą sampratą – vidutinę gerovę) bendruomenėje kaip visumoje. Utilitarinis argumentas, kurį tikriname, pripažįsta argumentą, kurį aš pirmiausia pabrėžiau, – jog bet kokia sėkminga teisės sprendimų dėl nelaimingo įvykio ir kitokio netyčinio sužalojimo intepretacija turi pradėti kokią nors individualios atsakomybės už aktus ir riziką teoriją[10]. Šį argumentą sudaro trys žingsniai. (1) Kiekvienas

turi bendrą moralinę pareigą visuomet, kiekvieno daromo sprendimo atveju, įskaitant sprendimus dėl savo turto panaudos, veikti taip, tarsi visų kitų interesai būtų tokie pat svarbūs kaip jo paties ir jam artimų žmonių – šeimos ar draugų – interesai. (2) Žmonės taip daro, kai, priimdami sprendimus, ieško derybinio kompromiso tarp kai kurių žmonių laimės ir kitų nuostolių, kad jų sprendimai ugdytų vidutinę laimę bendruomenėje kaip visumoje. (3) Geriausias pareigos, suponuojamos šių dviejų pirmųjų žingsnių, – pareigos maksimizuoti vidutinę laimę, – praktinis išplėtojimas turi rinkos simuliuojamųjų asmeninės teisinės atsakomybės normų formą, t. y. normų, kurios reikalauja iš žmonių veikti taip, tarsi jie būtų suderėję nieko nekainuojančiose derybose, tokiose kaip tos, kurias įsivaizdavau vykus tarp traukinių bendrovių ir fermerių. Žmonės turi simuliuoti rinkas – ir tuo būdu turtinti bendruomenę – ne dėl to, kad turtingesnė bendruomenė yra būtinai vidutiniškai laimingesnė, bet todėl, kad ji yra laimingesnė abstrakčia prasme, taip pat todėl, kad nebūtų galima tikėtis, jog koks kitas praktinis atsakomybės kodeksas bus palankesnis vidutinei laimei. Utilitarinis argumentas pripažįsta, jog žmonės neturi galutinės ar fundamentalios pareigos maksimizuoti bendruomenės gerovę; jis teigia, jog geriausias pareigos, kurią jie tikrai turi, – pareigos maksimizuoti laimę, – praktinis realizavimas yra pasiekiamas jiems veikiant taip, tarsi jie turėtų pareigą maksimizuoti materialinę gerovę.

Turime pastudijuoti šį argumentą etapais, pradėdami nuo jo trečiojo žingsnio. Juo skelbiama, jog jeigu piliečiai pripažįsta ir laikosi rinkos simuliuojamųjų – taigi ir gerovę maksimizuojančių – normų spręsdami, kokiai kitų sužalojimo rizikai ryžtis ir kada pasiryžti finansinei atsakomybei dėl sužalojimų, kuriuos jie lemia, ši praktika ilgalaikėje perspektyvoje pakels piliečių vidutinę gerovę. Šis teiginys – ne apie tiesioginius konkrečių aktų, imant skyrium, padarinius. Kai kurie rinką simuliuojantys sprendimai patys savaime greičiausiai sumažins suminę laimę. Tačiau, anot šio požiūrio, bendra laimė per ilgą laiką padidėja, jeigu kiekvienas vadovaujasi tokiomis normomis tokiais atvejais, kuriuos svarstome. Istorija neteikia jo-

kios pravarčios patvirtinančios medžiagos šiai nuomonei pagrįsti. Ji nepatvirtina, jog geriausias būdas padaryti bendruomenę vidutiniškai laimingesnę yra padaryti ją turtingesnę visumos mastu, pašalinant visus tiesioginius paskirstymo varžymus; ši tezė tebėra tikėjimo tiesa, populiaresnė tarp turtingųjų nei tarp vargingųjų. Be abejo, pasiturinčiose šalyse žmonės gyvena vidutiniškai geriau nei labai neturtingose šalyse, bent jau remiantis konvencinėmis pažiūromis į tai, kas daro gyvenimą geresnį. Tačiau dabar keliame kitą klausimą. Ar turime kokį nors pagrindą manyti, jog visuotinę gerovę klestinčiose tautose paprastai ugdo dar didesnis pasiturėjimas, matuojant sumomis, kurias jos piliečiai kaip kolektyvas yra nusiteikę ir pajėgūs sumokėti už gėrybes, kurias jie kuria ir kuriomis prekiauja? Ar tos laimės negalima būtų dar labiau padidinti, jei piliečiai pripažintų kitokius asmeninės atsakomybės standartus, – standartus, kurie kartais ignoruotų pasiturėjimą kitų vertybių labui? Aš manau, kad ne; šie teiginiai gali būti teisingi, tačiau mes neturime įtikinamų įrodymų, jog jie tokie yra.

Tačiau galėtume sutikti tarti, jog jie yra teisingi, tiesiog mūsų svarstomo utilitarinio argumento dėlei. Tuomet turime grįžti prie to argumento antrojo žingsnio ir paklausti, ar teisinga jo tezė, jog traktuoti žmones su vienodu rūpesčiu reiškia veikti taip, kad augtų vidutinė gerovė. Utilitarizmo kritikai sukuria istorijų, – kartais labai išmoningų, – kurios atrodo verčiančios abejoti šia teze. Tarkime, jog atsiranda tiek daug ir tokių sadistiškų rasistų, jog nekalto juodaodžio kankinimas pakeltų bendruomenės kaip visumos visuminės laimės lygį. Ar tai pateisintų tą sadistinę praktiką? Utilitaristai filosofai turi standartinį atsakymą į šiuos šiurpinančius pavyzdžius, skirtus parodyti, ko galėtų pareikalauti utilitarizmas.[11] Jie sako, jog deramas moralinis samprotavimas vyksta dviem lygmenimis. Pirmuoju, arba teoriniu, lygmeniu turėtume siekti atskleisti tas moralės normas ar principus, kurie, kaip elgesio maksimos, tikėtina, užtikrins didžiausią vidutinę laimę bendruomenėje ilgalaikėje perspektyvoje. Antruoju, arba praktiniu, lygmeniu turėtume šitaip pasirinktas maksimas taikyti konkretiems atvejams. Ką daryti konkrečiomis progomis, turėtu-

me nuspręsti ne klausdami, koks konkretus sprendimas, kaip atrodo tikėtina, produkuos daugiau laimės, suvokiamos absoliučiai, bet klausdami, ką iš mūsų reikalautų daryti tie standartai, kuriuos pasirenkame pirmuoju lygmeniu. Akivaizdu, jog pirmuoju – teorijos – lygmeniu turėtume pasirinkti normas, smerkiančias kankinimą ir rasistinį nusiteikimą. Šitai paaiškina ir pateisina mūsų „intuiciją", jog būtų neteisinga palaikyti sadizmą arba rasizmą net ir ypatingomis aplinkybėmis, kai manytume, jog šito reikalautų tiesioginė utilitarinė kalkuliacija, taikoma vien netarpiškiems faktams.

Tačiau šis standartinis utilitarizmo gynimas apeina sunkų klausimą. Ir vėl stiprią jo akademinio išplėtojimo kritiką jis painioja su klaidingu teiginiu apie jo praktinį išplėtojimą, apie moralines intuicijas, kurias diegti paprastiems žmonėms jis ragintų valstybės pareigūnus ir filosofus. Ne taip ir sunku įsivaizduoti ekonominio ar socialinio, ar psichologinio klimato permainas, dėl kurių mūsų įprastos intuicijos nebebūtų tokios, kurias norėtų diegti utilitaristas. Sadistiški fanatikai *galėtų* tapti tokie skaitlingi tarp mūsų, o jų galia sužadinti malonumą tokia gundanti, jų polinkiai tokie neišgyvendinami, kad net pirmuoju lygmeniu – kai svarstome, kokios normos padidintų laimę per labai ilgą laiką, – mes būtume priversti daryti savo bendrų normų išimtis ir leisti vien tik juodadodžių kankinimą. Nėra geras atsakymas teigti, kad, laimė, nėra jokios tikros galimybės, jog tokia situacija susiklostys. Mat – dar kartą – baugiųjų istorijų tikslas yra ne teikti praktinį perspėjimą, – jog jeigu mes susigundome utilitarizmu, visiškai įmanoma, kad galiausiai imtume advokatauti sadistinei praktikai, – o parodyti akademinių tos teorijos išplėtojimų defektus, atkreipiant dėmesį į moralinius įsitikinimus, kurie lieka stiprūs net svarstant hipotetiškai forma. Jeigu mes manome, kad būtų neteisinga kankinti juodadodžius net tomis (be galo neįtikėtinomis) aplinkybėmis, kai tai didintų vidutinę laimę, jeigu manome, kad ta praktika netraktuotų žmonių kaip lygių, tai mes atmetame antrąjį mūsų utilitarinio argumento žingsnį.

Dvi strategijos

Tačiau argumento dėlei ir vėl tarkime, jog antrasis žingsnis yra pagrįstas sveiku protu, jog žmonių traktavimas su vienodu rūpesčiu išties reiškia vidutinės laimės maksimizavimą. Dabar grįžtame prie pirmojo žingsnio. Dabar mes klausiame, ar, net jei pripažįstame paskutinius du žingsnius, yra rezoniška manyti, jog kiekvienas turi moralinę pareigą visuomet veikti rinkos simuliavimo būdais, kai tikras derėjimasis dėl kokios nors priežasties yra neįmanomas. Laikas nurodyti intuityvią sąsają tarp materialinės gerovės maksimizavimo ir lygybės, sąsają, kurios dėka ta idėja galėtų atrodyti rezoniškai. Mano aprašytosios teisinės aplaidumo ir viešosios rimties pažeidimo doktrinos paliečia moralinę stygą. Atrodo įtikinama, jog kai nelaimingi įvykiai yra tikėtini, žmonės turėtų atsižvelgti į vienas kito interesus tuo pačiu būdu ir su tokia pačia atida, kaip kad jie paiso savo pačių interesų. Šį įsitikinimą galėtume pamėginti išaiškinti dviem būdais. Aiškindami pirmuoju iš šių būdų, galėtume tarti, jog žmonės visuomet turėjo tą egalitarinę atsakomybę, jog jie visuomet, kad ir ką darytų, privalo visų kitų interesus laikyti tokiais pat svarbiais kaip jų pačių arba jų šeimos ar draugų interesai. Tuomet egalitarinė atsakomybė, kurią įgyvendina nelaimingus įvykius reguliuojanti teisė, yra tik ypatingas visa smelkiančios moralinės atsakomybės atvejis. Arba, aiškindami antruoju būdu, galėtume mėginti parodyti, jog nors apskritai žmonių nesaisto ši sunki atsakomybė, ji juos saisto aplaidumo ar viešosios rimties pažeidimų atvejais – dėl priežasties, kurią mes tuomet turime atskleisti.

Dabar matome, jog aptariamasis utilitarinis argumentas laikosi pirmosios iš šių strategijų. Jis taria, jog visada, kad ir ką darytume, privalome kitų interesus traktuoti kaip tokius pat svarbius kaip ir mūsų pačių interesai. Jis teikia ginčytiną aiškinimą, ką šitai reiškia praktiškai, tačiau mes argumento dėlei pripažįstame tą aiškinimą, pripažindami antrą ir trečią argumento žingsnius. Dabar studijuojame pirmą žingsnį, kuriuo tariama, jog kiekvienas iš mūsų turime visa smelkiančią moralinę atsakomybę niekada nešykštėti rūpesčio kitiems.

Dauguma iš mūsų nepripažįstame tokios visa apimančios atsakomybės. Mes manome, kad paprastai savo kasdieniuose sprendimuose dėl nuosavybės panaudos esame laisvi – moraliai, kaip ir teisiškai – teikti pirmenybę savo interesams ir projektams bei mažo skaičiaus kitų žmonių, kuriems jaučiame ypatingą asociacinę atsakomybę ir su kuriais esame susisaistę, interesams ir projektams. Mes sutinkame, jog kartais privalome neprivilegijuoti savęs ir mums artimų žmonių, ir sutinkame, jog ši pareiga neprivilegijuoti savęs ypač aktuali viešosios rimties pažeidimų ir aplaidumo atvejais, – svetimo patirtą žalą turime laikyti tokia pat svarbia kaip savo patiriamą žalą. Tačiau mes nutuokiame, jog šios aplinkybės dėl kažin kokių priežasčių yra ypatingos. Kitaip tariant, mes naudojame antrąją strategiją joms paaiškinti.

Be to, mes manome, kad aplinkybės, kuriomis vyksta viešosios rimties pažeidimai, ir aplaidumo atvejų aplinkybės yra ypatingos ypatingu būdu, kuris mūsų moralines prievoles daro parazitiškas – taigi jautrias – mūsų teisinių pareigų atžvilgiu. Šią sąsają turėsiu paaiškinti detaliau ir tikslesne kalba vėliau šiame skyriuje, kai svarstysime neutilitarinį nelaimingus įvykius ir viešosios rimties pažeidimus reguliuojančios teisės aiškinimą, kuris, kaip argumentuosiu, yra pranašesnis. Tačiau neformaliai tą sąsają galima nusakyti štai kaip. Mūsų teisinė praktika pripažįsta tai, kas dažnai vadinama *prima facie* juridinėmis nuosavybės teisėmis, bet aš jas vadinsiu abstrakčiomis teisėmis. Aš turiu abstrakčią juridinę teisę į tai, kad mano traukiniai važiuotų geležinkeliu, kuris man priklauso nuosavybės teise, kaip kad jūs turite teisę auginti pasėlius savo lauke šalia jo. Aš turiu abstrakčią teisę naudoti savo butą kaip pageidauju, taigi ir groti trimitu, kaip kad jūs turite teisę naudoti savąjį kaip tinkamas, taigi ir laisvę studijuoti algebrą ramybėje. Šias teises vadiname *prima facie* arba abstrakčiomis teisėmis, nes žinome, kad jos gali konfliktuoti: pasinaudodamas savo teise galiu pažeisti ar suvaržyti jūsų teisę, o tokiu atveju kyla klausimas, kuris iš mūsų turi tikrą *(actual)* ar konkrečią teisę daryti tai, ką daryti jis pageidauja. Būtent tokiomis aplinkybėmis – aplaidumą ir viešosios rimties pažeidi-

mus, ir kitas netyčinės žalos formas reguliuojančios teisės sferoje – manome kylant egalitarinę atsakomybę. Aš privalau apsispręsti dėl savo konkrečių teisių – ar galiu leisti savo traukiniui judėti visu greičiu arba pūsti savo trimitą čia ir dabar? – kokiu nors būdu, kuris gerbia jūsų interesus lygiai taip pat kaip mano, ir tai padaryti turiu ne dėl to, kad visada privalau veikti šiuo būdu, bet dėl to, kad privalau taip daryti tuomet, kai mūsų abstrakčiosios teisės konkuruoja. Tokia atsakomybė manęs nesaisto, kai jos nekonkuruoja. Daugumą svarbių savo gyvenimo sprendimų darau remdamasis prielaida, jog esu moraliai laisvas skirti kiek daugiau dėmesio savo gyvenimui nei kitų gyvenimui, tačiau, žinoma, tai nereiškia, kad aš esu laisvas visiškai ignoruoti kitus.

Tai tiesus įprastų moralinių pažiūrų nusakymas, su kuriuo teks susidurti tam, kuris imasi mūsų testuojamo utilitarinio argumento. Jis galėtų sakyti, jog šios pažiūros yra neteisingos, nes tvirtina nepateisinamą egoizmą. Jis galėtų tvirtinti, jog, kad ir kaip radikalu tai atrodytų, mes visuomet privalome, kad ir ką darytume, tikrinti savo elgesį klausdami, ar jis kiekvieno interesus traktuoja kaip tokius pat svarbius kaip mūsų pačių. Tačiau tai labai neįtikimas teiginys, bent jau kai sujungiamas su rinkos simuliavimo teorija, aiškinančia, ko šitai reikalautų praktikoje. Beveik kiekvienas mūsų priimamas sprendimas gali būti suvokiamas kaip kokio nors hipotetinio derėjimosi dalykas, tad turėtume nuolat svarstyti, ar kitiems atsieitų brangiau, jei mes nepadarytume tam tikro dalyko, palyginti su ta suma, kurią mes mokėtume ar galėtume mokėti už privilegiją tai daryti, ir jeigu jiems atsieitų brangiau, mes turėtume susilaikyti nuo veiksmo (nors, suprantama, mums iš tikrųjų nebūtų sumokėta už tai). Pavyzdžiui, žinau, jog daugelis skrupulingų teisės profesorių jaučia atsakomybę skaityti viską, kas publikuojama iš teisės filsofijos, todėl norėtų, kad būtų parašoma daug mažiau. Atrodo pagrįsta manyti, kad jeigu toks derėjimasis būtų įmanomas ir nieko nekainuotų, akademinė bendruomenė kaip visuma man sumokėtų daugiau, kad aš nepublikuočiau šios knygos, negu aš galėčiau sumokėti už teisę ją publikuoti, nes iš autorinio honoraro negalėčiau sukaupti tiek pinigų, kad galė-

čiau atremti jų siūlymą, net jei ir norėčiau. Jeigu būčiau saistomas moralinės atsakomybės nesipublikuoti tiesiog dėl šios priežasties, mano gyvenimas – šiuo atžvilgiu, taigi ir daugybe kitų atžvilgių – taptų nepaprastai skurdus, nes galėčiau sau leisti tik tokią veiklą, į kurią turėčiau teisę tik jeigu galėčiau ir norėčiau pasiūlyti didesnę sumą nei kiti už privilegiją ja užsiimti. Visuomenėje, kurios nariai pripažintų rinkos simuliavimo pareigą, asmeninė autonomija beveik išnyktų, nes ta pareiga reikalautų ją vykdyti visose situacijose.

Todėl utilitaristas rinkos simuliuotojas galbūt norėtų apsvarstyti kitokios taktikos galimybę. Galbūt jis panūstų pasitelkti mano aprašytąją perskyrą tarp dviejų utilitarinio argumento lygmenų; jis galėtų viltis parodyti, jog suminei laimei ilgalaikėje perspektyvoje geriausiai pasitarnaujama, jeigu žmonės, užuot pritarę jo griežtam reikalavimui visuomet atsižvelgti į kitų žmonių interesus kaip tokius pat svarbius kaip ir jų pačių, veikia laisviau, kaip jie daro dabar. Joks tokio pobūdžio argumentas niekada nebuvo produkuotas, ir turėtume palaukti, kol bus išmėginti jo sėkmės šansai. Tačiau bet koks mėginimas pateikti tokį argumentą, tikėtina, atrodys *ad hoc*. Mat dviejų lygmenų argumentas privalo parodyti ne tiesiog tai, kad praktikoje sušvelninant tą griežtą reikalavimą, būtų produkuota daugiau naudos, bet kad daugiausia naudos produkuojama tą reikalavimą sušvelninant tam tikru būdu: reikalaujant jį vykdyti tada, kai – ir tik tuo atveju, kai – abstrakčios juridinės nuosavybės teisės konfliktuoja. Galbūt šitai galima parodyti, bet tai toli gražu nėra akivaizdu, ir esama realaus pavojaus, jog tas, kuris tai pamėgina, iš tikro argumentuos atbulai – atsispirdamas nuo fakto, kad mūsų moralinės praktikos skiria šiuos dalykus, pereis prie nepagrįstos išvados, kad ilgalaikėje perspektyvoje jie būtinai labiau skatins naudą negu kitos galimos atsakomybės schemos.

EGALITARINĖ INTERPRETACIJA

Privačioji ir viešoji atsakomybė

Todėl turime ieškoti kitokios atsakomybės schemos, taip pat rekomenduojančios rinkos simuliuojamąjį elgesį, kai abstrakčios juridinės teisės konfliktuoja, tačiau nesuponuojančios jokios asmeninės pareigos visuomet veikti tuo būdu, kuris darytų bendruomenę bendru mastu laimingesnę. Iki šiol mes laikėmės prielaidos, jog kadangi rinkos simuliuojamasis elgesys minimizuoja tų, kurie yra paliečiami tam tikro elgesio, finansinius nuostolius, taigi ir pakelia bendruomenės kaip visumos gerovę, dėl šios priežasties šito turi būti reikalaujama, kai taip yra. Turėtume ištirti kitą galimybę: jog nors rinkos simuliuojamasis elgesys normaliomis aplinkybėmis ugdo materialinę bendruomenės gerovę, jis reikalingas dėl kokios nors kitos priežasties. Mūsų argumentas jau bendrais bruožais sugestijavo tos kitos piežasties pobūdį. Tas, kuris susilaiko nuo kokio nors veiksmo tuo pagrindu, jog jo kaimynui jis atsieitų daugiau nei duotų naudos jam pačiam, atsižvelgia į savo kaimyno gerovę kaip į tokią pat svarbią kaip ir jo paties; pareiga veikti šiuo būdu galėtų būti suprantama kaip pagrįsta kokiu nors egalitariniu pagrindu.

Utilitarinis argumentas, kurį ką tik konstravau, vienu atžvilgiu naudojosi šia idėja. Jis tarė, jog kiekvienas iš mūsų turime bendrą pareigą kitų interesus visuomet traktuoti kaip tokius pat svarbius kaip mūsų pačių interesai, o iš šios bendros pareigos jis kildino tolesnę pareigą – visuomet veikti taip, kad darytume bendruomenę visumos mastu turtingesnę. Šį išvedimą pripažinome abejotinu, tačiau akceptavome jį *arguendo,* kad apsvarstytume tą bendrą pareigą, kurią paskui pripažinome esant neįtikimą. Gal nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės egalitarinį pamatą pavyktų panaudoti sėkmingiau, jei atmestume tą bendrą pareigą ir laikytumėmės antrosios iš mano išskirtųjų strategijų, kuri geriau atitinka įprastąsias moralines intuicijas? Ar galime parodyti, jog pareiga kitų interesus laikyti tokiais pat svarbiais galioja tik kartais, įskaitant progas, kai abstrakčiosios juridinės teisės konfliktuoja?

Kaip sakiau, dauguma iš mūsų manome, jog neturime jokios bendros pareigos visus kitus savo bendruomenės narius traktuoti su vienodu rūpesčiu ir atida, kad ir ką darome. Tačiau mes manome, jog šią pareigą tikrai *turi* mūsų valdžia, personifikuotoji bendruomenė, ir galime viltis, kad ši visa smelkianti viešoji atsakomybė padės paaiškinti, kodėl taip pat ir mes, kaip individai, kartais turime tokią pareigą. Valdžia daro sprendimus dėl produkcijos, skirstymo ir nuosavybės teisių bei nuosavybės panaudos, į kurią žmonės turi teisę. Šie sprendimai, kartu paimti, konstituoja nuosavybės schemą, ir valdžios atsakomybė žmones traktuoti kaip lygius visuose savo sprendimuose kontroliuoja tą nuosavybės schemą, kurią ji kuria ir įgyvendina. Tai kelia štai kokią problemą, susijusią su ta leistinumo nuostata *(permissive attitude),* kuria vadovaudamiesi mes kaip individai, naudodamiesi savo nuosavybe, mums skiriama pagal tą schemą, sau leidžiame teikti pirmenybę sau ir mums artimiems žmonėms. Kodėl valdžia neturėtų priimti tokią leistinumo nuostatą delegitimuojančių normų, kad ją išgyvendintų? Kodėl ji neturėtų stengtis realizuoti savo egalitarinių pareigų ir neturėtų diegti būtent to besąlygiško principo, kurį sakiau esant mums nepriimtiną, – jog naudodamiesi savo nuosavybe, privalome visada vykdyti pareigą – kuria, kurdama savo shemą, vadovavosi valdžia, – vienodai rūpintis visais, užuot manę, kad čia ji mūsų nesaisto?

Turime kruopščiau apmąstyti tos viešosios pareigos aprėptį ir pobūdį. Valdžia, sakome mes, turi abstrakčią prievolę kiekvieno piliečio likimą traktuoti kaip vienodai svarbų.[12] Besivaržančios lygybės sampratos ir teorijos yra besivaržantys atsakymai į klausimą, kokia nuosavybės sistema tenkintų tą standartą. Pradžioje turime pasiaiškinti, kaip šios lygybės sampratos skiriasi viena nuo kitos, apsiribodami tomis, kurios figūruoja šių dienų politinėje argumentacijoje.

Lygybės sampratos

Libertarinės lygybės sampratos taria, jog žmonės turi „prigimtines" teises į visa tai, ką jie tam tikrais kanoniniais būdais įgyja kaip nuosavybę, ir kad valdžia traktuoja žmones kaip lygius, kai saugo jų turtą ir teisę naudotis ta nuosavybe. Gerovės sąvoka pagrįstos sampratos *(welfare-based)*, kita vertus, neigia egzistuojant kokią nors prigimtinę nuosavybės teisę ir kelią reikalavimą, anot kurio, valdžia privalo, produkuoti, paskirstyti ir reguliuoti nuosavybę, kad pasiektų tuos rezultatus, kuriuos apibrėžia kokia nors specifikuota individų laimės ar gerovės funkcija. Utilitarizmas – ką tik aptartąja forma – yra viena gerovės sąvoka pagrįsta lygybės samprata: jis teigia, jog valdžia savo nuosavybės schemoje žmones traktuoja kaip lygius, kai jos normos apytikriai užtikrina didžiausią įmanomą vidutinę gerovę, vienodai atsižvelgdamos į kiekvieno asmens laimę ar sėkmę. Gerovės lygybė yra kita tos pačios klasės teorija: ji reikalauja, kad valdžia planuotų ir skirstytų nuosavybę taip, kad visų piliečių gerovę padarytų – kiek tai įmanoma – maždaug vienodą.

Trečioji teorijų grupė reikalauja, kad valdžia siektų rezultatų, apibrėžiamų ne gerovės terminais, o gėrybių *(goods)*, galimybių ir kitų išteklių terminais. Viena tokia teorija – materialiosios lygybės teorija – reikalauja, kad valdžia visų piliečių materialinę gerovę kiek įmanoma artintų prie lygybės visose gyvenimo srityse. Kita teorija, kurią vadinsiu išteklių lygybės teorija, reikalauja, kad ji kiekvienam užtikrintų vienodą išteklių dalį, kurią jis gali vartoti ar investuoti taip, kaip pageidauja. Išteklių lygybės teorija, kitaip nei materialiosios lygybės teorija, remiasi prielaida, jog žmonių gerovė turėtų skirtis, jiems skirtingai pasirenkant investavimo ir vartojimo dalykus. Ji mano, jog jeigu žmonės iš pradžių turi vienodą turtą ir jiems vienodai prieinami kiti ištekliai, tai rinkos transakcijose jų lygybė išlieka, nors šių transakcijų procese kai kurie tampa turtingesni nei kiti, o kai kurie – laimingesni. Tačiau išteklių lygybės teorija pripažįsta, jog talento skirtumai yra išteklių skirtumai, todėl siekia, kad ne tokiems talentingiems būtų kokiu nors būdu kompensuojamas talento stygius papildomai, šalia to, ką jiems teikia rinka.[13]

Dabar turime padaryti naują perskyrą tarp šių įprastų lygybės sampratų. Kai kurios iš jų štai kokiu būdu konkuruoja su privačiomis ambicijomis, kurių vedami žmonės gali naudoti savo nuosavybę. Įsivaizduokime, jog valdžiai pavyksta sukurti geriausią įmanomą – pagal kiekvieną iš šių sampratų – nuosavybės schemą ir tuomet visiems piliečiams paliekama laisvė kaip tinkamiems naudotis ar keistis nuosavybe, paskirta pagal tą schemą, nesusaistant jų jokia atsakomybe vienodai gerbti visų interesus. Kai kurių, bet ne visų, mūsų išvardytų sampratų atveju rezultatas, tikėtina, sugriaus lygybės formą, kurią ta schema iš pradžių užtikrino. Šitai neišvengiamai galioja tiek gerovės lygybei, tiek materialiajai lygybei. Kai kurie piliečiai susikurs daugiau gerovės ar labiau praturtins savo gyvenimą savo sprendimais ir komercine veikla nei kiti, taigi pradinė lygybė gerovės arba pasiturėjimo atžvilgiu bus sugriauta. Tikėtina – nors tai nėra neišvengiama būtinybė – jog utilitarinė lygybės samprata taip pat bus sužlugdyta. Valdžia, pasižyminti nepaprastais gebėjimais ir išmintimi, galėtų sukurti tokią schemą, kad sprendimai, kuriuos aktualiai daro žmonės, laisvi teikti pirmenybę sau, iš tikrųjų maksimizuos vidutinę naudą. Tačiau kai polinkiai ir orientacijos pakinta, jų pasirinkimai nebelems šio rezultato, ir taps būtinos tos shemos permainos – per tolesnį perskirstymą ar kitokias reguliacines normas, – kad būtų atkurti utilitariniai rezultatai, pasiekti pradžioje. Šia prasme visose trijose teorijose – gerovės lygybės, materialiosios lygybės ir utilitarizmo – privatus pasirinkimas konkuruoja su viešąja atsakomybe, tad jų šalininkai patiria sunkumą atsakydami į mano keltąjį klausimą – kodėl valdžia neturėtų diegti kokio nors bendro teisinio principo, reikalaujančio iš žmonių nedaryti privačių sprendimų, kurie sutrikdys egzistuojančią gerovės arba turto distribuciją. Jie gali išspręsti šią problemą tik įrodydami tai, kas atrodo neįtikima, – jog lygybės formos, kurią jie privilegijuoja, galima siekti pastoviau ir užtikrinčiau be tokio principo negu su juo.[14]

Likusios dvi sampratos mūsų sąraše – libertarizmas ir išteklių lygybė – nekonkuruoja su privačia ambicija bet, priešingai, yra visiškai suderinamos su ja. Jeigu žmonės turi prigimtines teises į nuo-

savybę, o valdžia teisingai identifikuoja šias teises ir užtikrina jų realizavimą, tai žmonių pasirinkimas, kaip naudoti savo nuosavybę, veikiau pasinaudos, o ne sukels grėsmę tam, ką yra pasiekusi valdžia. Šitaip yra ir su visuminių išteklių lygybe. Jeigu valdžiai pavyksta kiekvienam piliečiui užtikrinti tikrai lygią išteklių dalį, kurią jis gali naudoti kaip pageidauja, kad darytų savo gyvenimą sėkmingą pagal savo išgales, tai ir vėl jo pasirinkimai veikiau suteiks galią, o ne sugadins tai, ką yra padariusi valdžia. Nors šios teorijos labai skiriasi viena nuo kitos, nė viena iš jų nesmerkia leistinumo nuostatos, kurią pradžioje pripažinome problemiška, nuostatos, gyvuojančios bendruomenėje, politiškai įsipareigojusioje rūpesčio lygybei. Priešingai: jos mano, kad lygybę kuria tinkamų sąlygų tai laikysenai įtvirtinimas, taigi joms negali sukelti grėsmės ar jas sugadinti – jeigu joms pavyksta įtvirtinti tas sąlygas – žmonės, veikiantys pagal tą nuostatą.

Mes prieiname štai kokią preliminarią išvadą. Mūsų įprastieji įsitikinimai, kurie reikalauja, kad valdžia savo nuosavybės schemoje žmones traktuotų kaip lygius, tačiau nereikalauja, kad žmonės traktuotų kitus kaip lygius naudodamiesi tuo, ką schema jiems paskiria, presuponuoja viešosios ir privačiosios atsakomybės skirtį. Jie suponuoja, kad politikoje mus saisto pareiga, kuri neturi ekvivalento eilinių bendrų privataus gyvenimo pareigų srityje. Mums reikia viešosios pareigos sampratos, kuri šį atsakomybės padalijimą daro koherentišką, kuri paaiškina, kodėl pareiga, esanti suvereni vienoje sferoje, yra ne tokia imperatyvi kitoje. Šitai yra – jeigu atsakomybės padalijimą manome esant svarbų ir fundamentalų – argumentas už derančią, o ne konkuruojančią lygybės sampratą, kaip tai, kas apibrėžia viešąją atsakomybę, nes derančios sampratos paaiškina tą padalijimą natūraliai ir sistemiškai, tuo tarpu konkuruojančios teorijos gali paaiškinti geriausiu atveju dirbtinai ir neįtikimai.[15]

Tai yra svarbi išvada bendrai bet kokiai plačiai mūsų politinių ir moralinių praktikų interpretacijai, tačiau ji turi ypatingą svarbą šiame skyriuje. Ji rekomenduoja antrąją strategiją aiškinant, kodėl mes turime pareigą traktuoti kitus su vienodu rūpesčiu viešosios rim-

ties pažeidimo ir aplaidumo situacijose, strategiją, kuri pripažįsta, kad mes neturime jokios bendros pareigos kitus tuo būdu traktuoti visose situacijose, ir mėgina paaiškinti, kodėl mes turime tą pareigą, kai abstrakčiosios juridinės teisės konfliktuoja. Skirtis tarp viešosios ir privačiosios atsakomybės nuosavybės srityje reiškia esminės svarbos perskyrą tarp prievolių, kurias individualūs piliečiai turi dviejų rūšių progomis: pirma, kai jie sprendžia, kaip naudoti tai, ką viešoji nuosavybės schema aiškiai jiems paskyrė, ir, antra, kai jie turi nuspręsti, ką ji jiems paskyrė, – dėl to, kad jos eksplicitiškos normos yra neaiškios ar neišsamios, arba dėl to, kad abstrakčios teisės, į kurias ji apeliuoja, kokiu nors būdu konfliktuoja. Pirmosios rūšies proga pilietis gali manyti turįs teisę veikti sau ar kitiems, kuriuos jis pasirenka, kaip narys principo bendruomenės, kurios schema užtikrina, pagal naujausią viešą sprendimą, tai, ką ji laiko leistinumo ir naudos sau siekimo nuostatos sąlygomis. Tačiau antrosios rūšies proga jis negali sau leisti tos laisvės, nes klausimas tuomet yra, kaip turėtume tą schemą suprasti, kad suprastume ją deramai, o tai reiškia klausti, kaip tos sąlygos turėtų būti konkrečiau apibrėžiamos. Kiekvienas pilietis turi sau atsakyti į tą interpretacinį klausimą, tikslindamas ir taikydamas derančią lygybės sampratą, kuri, jo įsitikinimu, teikia geriausią nustatytosios schemos pagrindinės struktūros interpretaciją.

Kitaip tariant, šiomis pastarosiomis progomis jo nuostatos turi būti egalitarinės, o ne leistinumo. Tai pagrindas, kurio mums reikia patobulintam egalitariniam pateisinimui rinką simuliuojančio požūrio į tam tikras sunkiąsias teisės bylas. Jis įgalina mus formuluoti tą pateisinimą štai kokiu preliminariu ir apytikriu būdu. Rinką simuliuojančios normos teikia bent jau dalį geriausio praktinio geriausios derančios lygybės sampratos išplėtojimo. Taigi šios normos turėtų orientuoti piliečius – kai jie yra iš tiesų angažuoti – ne tik naudojantis, bet ir plėtojant savo bendruomenės viešąją nuosavybės schemą, – o juos angažuoja situacijos, kai jos teigiamos abstrakčiosios teisės konfliktuoja. Aš išplėsiu ir ginsiu šiuos teiginius likusioje šio skyriaus dalyje, tačiau dera pažymėti, jog net ir iki šios vietos argumen-

tas teikia dar vieną pavyzdį, kaip teisė kaip integrali visuma skatina teisės ir moralės tarpusavio sąveiką kasdieniame praktiniame gyvenime, net kai nenumatomas joks bylinėjimasis ir kiekvienas pilietis yra pats sau teisėjas.

LYGYBĖ IR LYGINAMOJI KAINA

Pratimas

Mano paminėtos dvi derančios lygybės sampratos skiriasi fundamentaliais atžvilgiais. Pavyzdžiui, praktinis išteklių lygybės sampratos išplėtojimas reikalauja nelygų gerovės ir sveikatos, ir talento peveldėjimą kompensuoti perskirstymo būdu, tačiau libertarinė samprata atmeta perskirstymą, laikydama jį iš principo vagyste. Tam tikrą skirtumą lemtų – kai kuriais atvejais jis būtų reikšmingas – tai, su kuria iš šių sampratų pilietis patenka į situacijas, kai abstrakčiosios juridinės teisės konfliktuoja, kurią iš jų naudotų spręsti, kieno teisė yra konkreti, o kieno turi pasiduoti. Kadangi mano pagrindinis tikslas yra parodyti sąsają tarp lygybės sampratos ir nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės, aš neargumentuosiu, o tik presuponuosiu, jog išteklių lygybės samprata yra pranašesnė už libertarinę sampratą: ji ne blogiau dera su mūsų teisinėmis ir moralinėmis praktikomis ir yra geresnė savo abstrakčiąja moraline teorija.[16]

Taip pat nemėginsiu tobulinti šiurkštokos išteklių lygybės sampratos formuluotės, kurią pateikiau prieš akimirką; aš kliaujuosi argumentais, išdėstytais kitur: ten jai suteikiau artikuliuotesnę formą ir, viliuosi, sustiprinau jos apeliaciją.[17] Čia mums užtenka ir šio šiurkštaus paaiškinimo, kad galėtume tęsti savo egalitarinio rinką simuliuojančių teisminių sprendimų pateisinimo konstravimą. Pamėginsiu parodyti, jog jeigu kas nors tikrai pripažįsta išteklių lygybės sampratą kaip teikiančią geresnę nei kitos lygybės sampratos visa apimančią savo bendruomenės nuosavybės schemos interpretaciją, tai jis į savo privačias prievoles turėtų rinktis tokį požiūrį, kuris produkuoja rinką simuliuojančius sprendimus dauguma atvejų, kai abstrakčios juridinės

teisės konkuruoja. Mano argumentas nėra dedukcinis. Jis neįrodinėja, jog tas, kuris pripažįsta šakninę išteklių lygybės idėją, automatiškai ir neišvengiamai bus priverstas padaryti tas išvadas, kurias aš perteikiu. Aš tik argumentuoju, jog jį saistys reikalavimas priimti seriją sprendimų, rafinuojančių tą sampratą taip, kad ji tiktų tiems atvejams, kuriuos svarstome, ir kad tuomet dauguma įprastų atvejų pagrįsti sprendimai jį kreiptų į rinkos simuliavimą. Tačiau mano argumentas nerekomenduos ekonominio principo visais tais atvejais, kuriais ekonominės interpretacijos šalininkai manytų jį esant deramą, nes egalitarinis pateisinimas smerkia, o ne patvirtina daug ką iš to, ką jie teigia.

Pagrindinė linija

Tarkime, jog jūs ir aš turime apytikriai vienodą turtą ir nė vienas iš mudviejų nesame nei neįgalus, nei turime kokių kitų ypatingų poreikių, nei esame priklausomi nuo ypatingų sąlygų. Mes pamatome, jog veiklos, kurias mes nepriklausomai vienas nuo kito planuojame, kiekvienas ketindamas pasinaudoti bendromis teisėmis, kurias užtikrina nuosavybės teisė, konfliktuoja. Vieną vakarą aš noriu išmokti kokią nors trimito partiją, o jūs gretimame bute norite padirbėti prie algebros. Arba aš noriu labai greitai važinėti savo automobiliu tuo keliu, kuriuo jūs norėtumėte saugiai eiti pasivaikščioti. Arba aš noriu, kad mano traukiniai važiuotų greta lauko, kuriame jūs norite auginti javus. Mano projektai kertasi su jūsiškiais, ir aš, prieš jų imdamasis, turiu nuspręsti, kokiu mastu turėčiau pakoreguoti savo planus, kad atsižvelgčiau į jūsų interesus, ir kokiu mastu aš turiu prisiimti atsakomybę už bet kokią žalą, kurią galėčiau jums padaryti. Intuityviai žvelgiant, atrodo korektiška, jog šitai bent iš dalies yra tų sprendimų, kuriuos aš galėčiau priimti, reliatyvios kainos kiekvienam iš mūsų dalykas. Jeigu man visai nedaug atsieitų, jei atsisakyčiau savo planų, o jums atsieitų tikrai brangiai, jeigu aš jų neatsisakyčiau, tai šitai atrodo geras pagrindas jų atsisakyti jūsų naudai arba, jeigu jau imuosi tos veiklos, jums kompensuoti nuostolius.

Privačios atsakomybės teorija, kurią mes dabar tikriname, paaiški-

na, kodėl šiuose moraliniuose sprendimuose figūruoja reliatyvi kaina. Pagal tą teoriją, mes turime veikti taip, tarsi konkrečios teisės, kuriomis mes abu sykiu negalime pasinaudoti, tarp mūsų dar nebūtų paskirstytos ir mes patys turėtume jas paskirstyti geriausiai kaip galime tuo būdu, kuriuo tai daryti rekomenduoja išteklių lygybės samprata. Jeigu mes turėtume pakankamai laiko, galimybių ir geros valios suderėti dėl kokio nors kompromiso – pavyzdžiui, jeigu sutartume dėl mano grojimo trimitu valandų, – tai lygybę būtų galima išlaikyti būtent tokiu būdu. Tačiau jeigu tomis aplinkybėmis kompromisas nėra įmanomas, kiekvienas iš mudviejų turime veikti taip, kad minimizuotume mūsų pasiekiamo paskirstymo nelygybę, o tai reiškia – taip, kad pralaimėjimo nenauda būtų kuo mažesnė. Tačiau šis lyginamosios skriaudos principas reikalauja detalizavimo. Kaip turėtume matuoti pasinaudojimo kokia nors proga ar jos praleidimo reliatyvią kainą? Mūsų šakninė prielaida, – jog mes remiame išteklių lygybės schemą, o ne utilitarinės lygybės ar kokią kitą į gerovę apeliuojančią *(welfarist)* sampratą, – eliminuoja kai kurių priemonių galimybę. Lyginamosios kainos privalome nematuoti laimės ar satisfakcijos, ar kokios kitos gerovės dimensijos terminais. Taigi skaičiuodami, kas šiomis aplinkybėmis prarastų mažiau, finansines sąnaudas turime lyginti ne dėl to, kad pinigai yra svarbiau už viską, bet todėl, kad tai yra pats abstrakčiausias ir dėl to geriausias standartas, tinkamas naudoti sprendžiant, kuris iš mūsų patirs didesnę nenaudą išteklių požiūriu kiekvieno iš sprendimų, kuriuos galėtume padaryti, atveju.

Tai problemiška, kai rūpimieji nuostoliai nėra akivaizdžiai ar netarpiškai finansiniai. Ko gero mudviem rūpi ne pajamos, kai aš noriu repetuoti, o jūs norite mokytis. Kaip turėčiau nuspręsti, ar lyginamosios kainos principas duoda man teisę groti trimitu? Klausimas, kurį turėčiau iškelti, yra ne tas, ar iš trimito partijos repetavimo aš turėčiau daugiau malonumo, negu jūs patirtumėte lavindamas savo uždavinių sprendimo įgūdžius, o tas, ar žala mano visuminiams planams bus didesnė negu žala jūsų planams. Kadangi mes abu savo dispozicijoje turime apytikriai vienodas lėšas, atrodo logiška žalą matuoti tuo būdu, kuriuo tai daryti sugestijuoja rinkos simuliacijos testas: klausiant,

ar už tai, kad aš liaučiausi muzikavęs, jūs mokėtumėte, – jeigu turėtumėte tai daryti, – daugiau, negu aš mokėčiau už galimybę muzikuoti. Šitai gali skambėti ciniškai, kaip meno ir mokslo teikiamo džiaugsmo redukcija į pinigus, tačiau tai visiškai įtikinamas būdas mėginti apytikriai pamatuoti tai, ką mes norime nustatyti: reliatyvią tų dviejų veiklų svarbą kiekvienam iš mūsų visa apimančiose mūsų schemose, pagal kurias mes norime tvarkyti savo gyvenimą. Šiam tikslui toks testas tinka geriau nei bet koks malonumo ar džiaugsmo, kurį kiekvienas iš mūsų gautų ar prarastų, galimybės lyginimas arba tų veiklų reliatyvios svarbos etiškai geriausio gyvenimo požiūriu lyginimas.

Tačiau tarkime, jog tai, ką aš noriu daryti, veiks ne tik jus, bet ir daugelį kitų žmonių. Jeigu mano traukinys važiuoja visu greičiu ir sukelia kibirkštis, šitai padidins kainą, kurią žmonės bendru mastu turi sumokėti už duoną; jeigu traukinys važiuoja lėčiau ir pasėliai išsaugomi, šitai padidins žmonių ir prekių, kuriuos gabena traukinys, transportavimo kainą. Tačiau kadangi tai komercinė byla, padarinius kitų atžvilgiu adekvačiai reprezentuoja palyginimas, ko mano geležinkelio bendrovė ir jūsų firma turės netekti kiekvieno iš sprendimų atveju. Tačiau trimito ir algebros atvejis yra kitoks. Mano sprendimo pasekmes kitiems, jeigu tų padarinių apskritai dera paisyti, reikėtų numatyti atskirai. Galbūt muzikavimas trimitu man yra svarbesnis, matuojant pagal tai, kiek man kainuotų privilegija, jeigu reikėtų už ją susimokėti, negu jums ar bet kuriam kitam pavieniam kaimynui – mano tylumas, tačiau ne toks svarbus kaip mano tylumas – visiems kaimynams kolektyviai, kaip grupei. Kuris palyginimas turėtų būti lemiamas lyginamosios skriaudos principui? Tai sunkus klausimas, ir abu atsakymai iš pradžių atrodo savaip įtikinami. Tačiau antrasis atsakymas atrodo geresnis. Jeigu išteklių lygybės principą galima tarti jau galiojant ne tik tarp mūsų, bet visoje bendruomenėje tų, kuriuos veiks mano repetavimas, tai kokios nors galimybės, kurią galėčiau pasirinkti, kainą turiu apskaičiuoti pamatuodamas jos svarbą kitiems apskritai; tikroji mano grojimo trimitu kaina kitiems yra tai, ką jie, visi drauge, būtų nusiteikę sumokėti už tai, kad aš liaučiausi tai daręs.

Patikslinimai

Dabar turime pagrindines asmeninės atsakomybės dalinės teorijos apybrėžas. Šios teorijos netaikysime – bent jau tokia paprasta forma – kiekviena proga, kai privačios nuosavybės panaudos praktikos konfliktuoja tokiais būdais, kurių nereguliuoja eksplicitiški praeities politiniai sprendimai. Kada turėtume ją atmesti? Svarstydamas konfliktą tarp mano trimitavimo ir jūsų algebros, aš tariau, jog eksplicitiška nuosavybės distribucija tarp mūsų, vertinant išteklių lygybės požiūriu, yra lygi. Tai nebūtinai reiškia (nors tai ir tariau), jog nė vienas iš mudviejų nėra turtingesnis už kitą. Juk jūs galėtumėte būti turtingesnis už mane dėl priežasčių, visiškai derančių su išteklių lygybe tarp mūsų. Galbūt aš daugiau negu jūs išleidau pinigų praeityje arba pasirinkau darbą, kuris man davė mažiau pajamų. Nepaisant to, galėčiau apie jus žinoti ką nors tokio, kas išteklių lygybės tarp mūsų prielaidą darytų neįtikinamą: pavyzdžiui, galėčiau žinoti, jog jūs kenčiate dėl sunkios formos neįgalumo ir nesate gavęs jokių socialinių resursų kompensacijos forma. Tuo atveju lyginamosios finansinės skriaudos principas, kuris konkrečias teises darys priklausomas nuo klausimo, kuris iš mūsų daugiau mokėtų už tam tikrą galimybę, galėtų būti nederamas, nes galėtų neužtikrinti tokio paskirstymo tarp mūsų, kurį šiomis aplinkybėmis rekomenduoja išteklių lygybės samprata.[18] Tačiau kai mano veiksmai paveiks ne kokį nors konkretų žinomą asmenį ar grupę, apie kuriuos galiu surinkti tokio pobūdžio informacijos, bet nežinia kokius žmones, apie kuriuos negaliu turėti tokios informacijos, aš turėčiau tarti, jog lyginamoji kaina teikia teisingą testą. Net jeigu esu įsitikinęs, jog ištekliai buvo paskirstyti nelygiai, normaliomis aplinkybėmis neturiu jokio pagrindo ką nors tarti dėl nelygybės krypties konkrečių žmonių, kuriuos paveiks mano aktas atžvilgiu.

Aš taip pat tariau – implicitiškai, – jog mano „viskas-arba-nieko" sprendimą, ar pasinaudoti tam tikra galimybe, nesant realistinės galimybės derėtis, dera laikyti atskiru klausimu. Jeigu mes iš tikrųjų esame kaimynai, ši prielaida būtų klaida: konkretų sprendimą

aš turiu suvokti kaip dalį tęstinės serijos susijusių sprendimų, kuriuos darome kiekvienas iš mudviejų. Kiekviena iš tų progų trimitavimas man galėtų rūpėti mažiau nei jums – ramybė, mažiau – lapų deginimas nei jums – išvengti oro taršos ir taip toliau; tačiau jeigu kiekvieną kartą aš jums paprasčiausiai pagarbiai nusileidžiu, balansas tolydžio triks. Jeigu aš vienu atveju atsisakau galimybės dėl to, kad reliatyvus nuostolis jums bus didesnis, šitai man turi pridėti taškų moralės dienyne, taškų, kurie leidžia nedaryti kito tokio sprendimo, kurį aš arba jūs turime padaryti. Tačiau moralinio dienyno režimas normaliomis aplinkybėmis bus įmanomas tik tarp žmonių, tokių kaip kaimynai, kurių santykiai yra tęstiniai ir savimoningi. Nėra jokio prasmingo ar įgyvendinamo būdo taškais dienyne grįsti kiekvieno iš mūsų daromus sprendimus, kurie veikia kitus apskritai arba svetimą žmogų – tik vieną kartą. Mes turime kliautis hipoteze, jog jeigu kiekvienas tokius sprendimus traktuojame kaip izoliuotus atvejus, ilgalaikėje perspektyvoje tai užtikrins maždaug vienodą teisingumą kiekvienam.

Mes artėjame prie štai kokios išvados. Lyginamosios finansinės skriaudos principu turėčiau vadovautis tuomet, kai žinau, jog jei pasinaudosiu tam tikra konkrečia teise, tai konfliktuos su kitų asmenų, su kuriais neturiu jokių ypatingų tęstinių santykių ir apie kuriuos neturiu jokios specialios relevantiškos rūšies informacijos, abstrakčių teisių realizavimu. Dėl šio mano nežinojimo gali būti dar sunkiau pritaikyti tą principą. Mat kaip aš tuomet spręsiu, ar tie, kurie, tikėtina, bus veikiami mano veiksmų, už tą galimybę iš tiesų mokėtų daugiau – individualiai arba kolektyviai – negu aš? Komerciniame kontekste, kaip kad traukinio ir fermerio pavyzdyje, mano apytikris rinkos žinojimas gali suteikti pakankamai informacijos. Jeigu aš vadovauju geležinkelio bendrovei ir žinau, jog fermerių, kurių ūkiai yra prie geležinkelio, kolektyviai patirsima žala bus didesnė už konkrečią neteksimų javų rinkos vertę, galėčiau tarti, jog jie mokėtų tą sumą už galimybę nepatirti to nuostolio. Nekomerciniuose kontekstuose, kaip antai triukšmo normų viršijimo atvejais, gali kilti reikalas pasitelkti „rezoniško“ ar „reprezentatyvaus“ asmens, gyvenančio tie-

siogiai veikiamoje kaimynystėje, idėją, pasitelkti savo bendrąjį žinojimą, kokiu mastu daugumai žmonių nepatinka arba kokiu mastu juos frustruotų ta skriauda, kurią aš jiems padarysiu. Tačiau mes turime tikrai pakankamai tokios rūšies bendrųjų žinių, kad lyginamosios finansinės skriaudos principą padarytume pakankamai funkcionalų dauguma tokių atvejų.

Net jei taip, tą principą turime patikslinti kitu, daug svarbesniu atžvilgiu. Mat kai kuriomis aplinkybėmis būtų akivaizdžiai neteisinga tam tikro nuostolio ar žalos svarbą matuoti vien klausiant, ar auka, kad išvengtų to nuostolio, mokėtų arba galėtų mokėti daugiau nei kolektyviai mokėtų kiti, kad turėtų galimybę daryti tai, kas gresia tuo nuostoliu. Kad suprastume – kodėl, turime dar šį tą pažymėti bendrosios išteklių lygybės schemos klausimu. Aš sakiau, jog ji presuponuoja, jog lygybė išlieka ir yra užtikrinama rinkos transakcijose, bet kad šitai yra tikslintinas dalykas. Jau sakiau, jog šią prielaidą reikia patikslinti taip, kad būtų atsižvelgta į talento skirtumus. Taip pat ją dera patikslinti taip, kad būtų atsižvelgta į individualias teises. Pagal išteklių lygybės sampratą, žmonės turi teises, kurios saugo fundamentalius interesus, įskaitant tuos, kuriuos racionalūs žmonės apdraustų nuo žalos, jeigu draudimas būtų prieinamas kiekvienam vienodomis ir ekonomiškai patenkinamomis sąlygomis. Jie taip pat turi teises, užtikrinančias kiekvieno asmens nepriklausomybę nuo kitų žmonių prietaringų nuostatų ir antipatijų, kurios, jeigu joms būtų leista daryti įtaką rinkos transakcijoms, žlugdytų, o ne artintų tikslą paskirstymą padaryti jautrų tikrai žmonių sprendimų kainai. Šias dvi teisių rūšis esu išsamiai aptaręs kitur[19], tačiau net šis glaustas nusakymas paaiškina, kodėl tam tikrais dramatiškais atvejais šių teisių pripažinimas darys neįmanomą simuliuojamąjį rinkos modelį. Tarkime, pavyzdžiui, jog mano vaiko gyvenimas priklauso nuo triukšmingos greitosios medicinos pagalbos, erzinančios didelį skaičių žmonių, kurie, kad nebūtų nervinami, kolektyviai sumokėtų daugiau pinigų, negu turiu aš, sudėjus visas mano lėšas. Arba tarkime, jog aš esu juodaodis, o mano kaimynai, kad savo kieme nedegindinčiau lapų, kartu sumokėtų

daugiau, negu aš galėčiau sumokėti ar sumokėčiau, kad turėčiau galimybę juos deginti, – tiesiog todėl, kad jie nenori manęs matyti. Žinoma, šios situacijos nėra išskirtinės progos, kai lyginamosios finansinės skriaudos testas atrodytų neteisingas metodas teisėjauti dėl konkrečių teisių; aš jas nurodau tik tam, kad parodyčiau, jog tą testą reikėtų įvairiais būdais – be tų, kuriuos svarstėme iki šiol, – tikslinti.

Praktinis išplėtojimas

Jeigu mes išanalizuojame šias išimtis ir patikslinimus, mūsų asmeninės atsakomybės teorija taps sudėtingesnė. Tačiau niekas iš to, ką mes atskleidėme, nesugestijuoja, kad ji pateisintų mažiau mūsų teisėjų išplėtotos nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės struktūros aspektų, negu pateisintų utilitarinis argumentas. Nors akademinis išteklių lygybės sampratos išplėtojimas turi būti, kaip matėme, jautrus informacijai, susijusiai su turto esamo paskirstymo tarp veikėjo ir kito asmens, kuriam, kaip anas žino, jo veikla padarys žalos ar sukels pavojų, teisingumu, praktinis išplėtojimas konkrečiais atvejais būtų daug nejautresnis tos rūšies informacijai, ir todėl būtų tikėtina, kad jis remsis įvairiomis doktrinomis apie pagrįstumą, prisidėjimą prie aplaidumo *(contributory negligence)* bei kitu delikto teisės bagažu, su kuriuo susidūrėme anksčiau. Pavyzdžiui, teisės leidėjas, įgyvendinantis asmeninės atsakomybės modelį, grindžiamą išteklių lygybe, turėtų gerą pagrindą neskatinti žmonių spekuliuoti apie tai, ar tie, kuriems jie, tikėtina, padarys žalos, turi daugiau ar mažiau turto, negu pateisintų išteklių lygybės samprata. Jis manytų, jog teisingumas bendru mastu būtų užtikrintas geriau, perskirtymą patikint legislatyvinėms schemoms, kurių padariniai yra ne tokie neprognozuojami. Jis turėtų ir kitų motyvų daryti tokią išvadą: atrodo neteisinga, jog kompensacija aukai turėtų priklausyti nuo veikėjo reliatyvaus turto – jei ne dėl kokios kitos priežasties, tai dėl sunkumo, kuris kiltų trokštančiam priimtinomis sąlygomis apsidrausti nuo žalos. Taigi teisės leidėjas geriau pasielgs leisdamas žmonėms savo sprendimus dėl rizikos ir teisinės atsako-

mybės grįsti bendra informacija apie „vidutinio“ *(average)* žmogaus polinkius ir preferencijas, negu iš jų reikalaudamas ieškoti specialios informacijos, kurią konkrečiais atvejais darytų reikalingą išsamus akademinis išteklių lygybės sampratos išplėtojimas. Tačiau nors tas praktinis išplėtojimas naudotų „objektyvius“ standartus, jis taip pat būtų atidus ypatingoms aplinkybėms, kuriomis būtų tikėtina, jog lyginamosios finansinės skriaudos principas ignoruos teises ar kitaip pasirodys esąs neteisingas. Jis reikalautų, kad teisinė atsakomybė už tam tikrų rūšių žalą – pavyzdžiui, grėsmę gyvybei ir sužalojimą, motyvuojamą rasistinės nuostatos, – nebūtų tiesmukų finansinių to principo testų objektu.

PRIVATŪS ŽMONĖS IR VIEŠOSIOS ORGANIZACIJOS

Taigi mes turime gerą pagrindą, išvestą iš teisės kaip integruotos visumos ambicijų, pirmenybę atiduoti egalitariniam, o ne utilitariniam nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės pateisinimui. Jis daug sėkmingesnis substantyvių interpretacijos dimensijų atžvilgiu. Nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės interpretacija turi pasitelkti asmeninės atsakomybės schemą, o utilitarinis argumentas, kaip nustatėme, negalėjo pateikti įtikinamos asmeninės atsakomybės schemos. Egalitarinis argumentas gali suteikti tokią schemą; jis teikia atsakomybės schemą, kuri yra patraukli savaime, ir dar pripažįsta dinamišką sąveikavimą tarp teisės, viešosios dorybės ir privačios atsakomybės, sąveiką, kuri yra vienas iš pačių patraukliausių principo bendruomenės bruožų.

Egalitarinis argumentas turi kitą mūsų argumentacijai kaip visumai svarbų bruožą: jis riboja rinkos simuliacijos taikymo mastą ne tik tais įvairiais būdais, kuriuos jau pažymėjome, bet taip pat instituciškai. Utilitarinis argumentas teikia idealą, kuris, kai yra pripažįstamas, turi būti suverenus teisėkūros, kaip ir bylų sprendimo, atžvilgiu. Jeigu bendruomenė yra teisingesnė visada, kai yra laimingesnė, o teisinės normos, reguliuojančios teisinę atsakomybę už nelaimingus įvykius ar viešosios rimties pažeidimus, prie visuminės laimės daugiausiai

prisideda tuomet, kai bendruomenę daro apskritai imant turtingesnę, imituodamos hipotetines rinkas, tuomet visada, kai Parlamento prašoma pareguliuoti greitį, kuriuo traukiniai gali važiuoti, kai esama rizikos, kad jų sukeliamos kibirkštys sunaikins pasėlius, arba visada, kai Niujorko miesto valdžia turi nuspręsti, kada daugiabučiuose namuose arba gausiai gyvenamoje kaimynystėje galima groti muzikos intrumentais, jis turėtų siekti sukurti būtent tokias juridines teises, kurias būtų įtvirtinusios rinkos transakcijos, jeigu jos būtų įmanomos. Egalitarinis argumentas neturi šios implikacijos, nes legislatūra, kitaip nei privatūs piliečiai, turi ir prievolių, ir galimybių pagerinti paskirstymą, kurį iki šiol sukūrė savo kurtąja teise; ji turi prievolių, kurių neturi jie, ir priemonių bei strategijų, kurių negali pasitelkti jie.

Iš tiesų mūsų argumentacija už egalitarinę interpretaciją prasidėjo būtent šia perskyra. Mes tarėme, jog valdžia turi bendrą visa smelkiančią pareigą, kurios privatūs piliečiai, kaip individai, neturi. Valdžia privalo nuolat peržiūrinėti ir keisti savo nustatytas nuosavybės normas, jei reikia – keisti iš pagrindų, tam, kad artintų jas prie idealo, reikalaujančio traktuoti žmones kaip lygius pagal geriausią sampratą. Rinkos simuliacija, kuri presuponuoja jau veikiančios schemos adekvatumą, tam tikslui būtų groteskiškai cirkuliarus ir silpnas ginklas. Taigi mūsų paaiškinimas, prasidedantis atsakomybės perdala, neigia, kad ekonominis principas teikia ekskliuzyvinį testą teisėkūrai, kurios objektas – pagrindinės ekonominės sistemos struktūros arba detalesnės jos reguliacijos.

Baigdami šį lygybės ir nuosavybės tyrimą, turime dar kartą grįžti prie politinės nuostatos ir principo perskyros, nes ji suteikia papildomą dimensiją viešosios ir privačiosios atsakomybės priešpriešai, kurią aiškinomės. Mūsų pagrindinis argumentas taria, jog konflikto tarp abstrakčių juridinių teisių situacijas privatūs piliečiai turi traktuoti kaip keliančias principo klausimus dėl konkrečių teisių, kurias galiausiai turi kiekviena šalis. Tačiau tai nereiškia, jog kiekvieną savo sprendimą, kurį priima reguliuodama ir skirstydama nuosavybę, ar netgi savo įstatymus dėl viešosios rimties pažeidimų ir aplaidumo legislatūra turi traktuoti kaip principo, o ne politinės nuostatos da-

lykus. Mes reikalaujame, jog valdžia savo nuosavybės sistemą konstruotų taip, kad žmones traktuotų kaip lygius pagal deramą sampratą; tai mūsų argumento už egalitarinę šių teisės sričių interpretaciją pamatas. Tačiau, kaip matėme 6-ame skyriuje, valdžia tą reikalavimą paprastai turi traktuoti tarsi politinę nuostatą, kaip rekomenduojantį bendrą kolektyvinį tikslą, gerbiantį rūpesčio lygybę bendru mastu ir statistiškai, o ne kaip suponuojantį, jog kiekvienas individualus įstatymas arba reguliacija, vertinant skyrium, turi suteikti kiekvienam piliečiui tai, į ką jis turi teisę. Žinoma, kiekvienas legislatyvinis sprendimas dėl nuosavybės privalo gerbti tam tikras politines teises. (10-ame skyriuje turėsime apsvarstyti, kokiu mastu šios politinės teisės tampa juridinėmis teisėmis pagal geriausią Jungtinių Valstijų konstitucijos interpretaciją.) Tačiau šiaip kolektyvinio bendro intereso legislatūra gali siekti naudodama įvairias skirtingas priemones ir metodus, kiekvienu iš kurių pasiekiamas šiek tiek skirtingas paskirstymas kiekvienam asmeniui, imant skyrium. Joks pilietis neturi teisės į tai, kad būtų pasirinktas tas, o ne kuris kitas metodas tiesiog dėl to, kad jis jam atneš daugiau naudos. Šis pasirinkimas yra politinės nuostatos, o ne principo dalykas.

Teisės leidėjo nesaisto joks bendras reikalas priimti tokius politinės strategijos sprendimus, kurie produkuoja tokį teisių ir galimybių paskirstymą, dėl kurio būtų buvę suderėta ypatingus padarinius patiriančių šalių sutarimu. Pavyzdžiui, teisės leidėjas gali manyti, jog geriausias visu greičiu važiuojančių traukinių ir sudeginamų pasėlių problemos sprendimas turi būti jautrus nacionalinei transportavimo bei žemės ūkio politikai ar netgi nacionalinės gynybos reikmėms ir įmokų balansui arba užsienio valiutų rinkai. Savo sprendimus dėl normas viršijančio triukšmo jis gali traktuoti kaip bendresnės žemės naudojimo ir miesto planavimo ar netgi paramos muzikai ar menams politikos aspektą. Jo sprendimai neturi būti „viskas-arba-nieko" tipo sprendimai, tokie, kuriuos savo nuovoka veikiančius piliečius verčia priimti praktinės aplinkybės. Teisėkūra teikia galimybę išplėtoti sudėtingą reguliacijos schemą, kurios efektyvumas priklauso nuo visa apimančios strategijos. Pavyzdžiui, ji gali skirtingai skirtingose šalies vietose sure-

guliuoti traukinio greitį, reaguodama į tūkstantį sudėtingų transportavimo ir agrikultūrinės panaudos ar poreikių variacijų, arba gali miestus suskirstyti į zonas, kuriose triukšmas traktuojamas skirtingai, – su sąlyga, kad tos perdalos nėra arbitralios ir nemaskuoja nelegitimios diskriminacijos, kuri pažeistų individualias teises.

Tačiau kai legislatūra jau yra priėmusi sprendimą, individai tuomet tikrai turi juridines teises į tai, kas jiems yra paskirta, ir pagal teisės kaip integruotos visumos sampratą šios teisės galioja ne tik eksplicitiškiems paskyrimams, bet ir tiems atvejams, kuriems jas galima pritaikyti remiantis principu, nors jie nėra eksplicitiškai numatyti. Šiame skyriuje mes analizavome tokio principu grindžiamo taikymo deramą pagrindą tam tikrais atvejais. Dabar galiu persakyti savo tezę štai kaip. Kai privatūs piliečiai susiduria su konfliktu tarp jų bendrų abstrakčių bendrosios teisės numatomų nuosavybės teisių (kaip skirtingų nuo tų jų teisių, kurias numato konkretūs reguliuojamieji įstatymai, įkūnijantys atskiras politines nuostatas, tokias kaip tos, kurias ką tik įsivaizdavau), jie šiuos konfliktus turi spręsti pasitelkdami pamatinį principą, kurį visa apimanti schema sumanyta gerbti, būtent principą, kad ji juos turi traktuoti kaip lygius. Jie turi klausti, kokią vienodo rūpesčio sampratą schema kaip visuma išreiškia pagal geriausią interpretaciją, ir rinktis tokį konkrečių teisių taikymą, kuris iš jiems tomis aplinkybėmis prieinamų parinkčių geriausiai tarnauja tai sampratai. Kad iliustruočiau šios interpretacinės problemos pobūdį ir sudėtingumą, aš suponavau, jog išteklių lygybės samprata tam tikslui teikia tinkamą sampratą, ir teigiu, kad amerikiečių ir britų viešosios rimties pažeidimus ir aplaidumą reguliuojančios teisės pagrindinės linijos dera su įtikinamu tos interpretacinės problemos sprendimu remiantis ta prielaida. Tačiau toks procesas nėra priimtinas, kai konfliktai kyla pagal atskirus reguliacinius įstatymus, išreiškiančius aiškias politines nuostatas, nes teisės, kurias žmonės turi pagal tokį įstatymą, yra pernelyg priklausomos nuo tų specialių politinių nuostatų, kad įgaliotų tiesioginį apeliavimą į lygybės sampratą. Piliečių atsakomybė tuomet priklauso nuo kitokio klausimų komplekso, ir jie bus mūsų tolesnė tema.

9. Įstatymai

LEGISLATYVINĖ INTENCIJA

Vieną dieną Heraklio teismą pasiekia nykstančios žuvų rūšies byla. Jis turi nuspręsti, ar Nykstančių biologinių rūšių aktas *(Endangered Species Act)* suteikia galią vidaus reikalų sekretoriui sustabdyti didžiulį beveik baigtą federalinį jėgainės statybos projektą, kad būtų išsaugota smulki ir ekologiškai nereikšminga žuvis, taigi pirmiausia jis turi nuspręsti, kaip skaityti įstatymus, kurių reikšmė yra neaiški. Mano argumentacija yra sudėtinga, ir iš karto pasakysiu, kaip ji baigiasi. Įstatymams skaityti Heraklis naudos interpretacijos metodus, labai panašius į tuos, kuriuos jis naudoja spręsti bendrosios teisės byloms, metodus, kuriuos mes studijavome pastaruosiuose dviejuose skyriuose. Kongresą jis traktuos kaip autorių, kūrusį iki jo teisės grandinėje, tačiau – autorių su specialiomis galiomis ir prievolėmis, kurios skiriasi nuo jo paties, o savo paties vaidmenį supras kaip iš esmės kūrybinį vaidmenį partnerio, tęsiančio – tokiu būdu, kuris, jo įsitikinimu, yra geriausias, – Kongreso inicijuotos įstatyminės schemos plėtojimą. Jis savęs klaus, kuris to akto perskaitymas – tas, kuris leidžia, ar tas, kuris neleidžia sekretoriui sustabdyti beveik užbaigtus projektus, – palankiau parodo politinę istoriją, kurios dalis yra tas įstatymas ir kuri sudaro to įstatymo kontekstą. Jo požiūris į tai, kaip tas įstatymas turėtų būti interpretuojamas, iš dalies priklausys nuo to, ką tam tikri Kongreso nariai pasakė, dėl jo diskutuodami. Tačiau jis priklausys ir nuo geriausio atsakymo į politinius klausimus: pavyzdžiui, kokiu mastu šios rūšies dalykuose Kongresas turi paisyti viešosios opinijos ir ar nebūtų absurdiška dėl politinės nuostatos tokių didelių nuostolių kaina saugoti negausias biologines rūšis.[1] Atsakydamas į šiuos klausimus jis, žinoma, turi remtis savo paties verti-

nimu, ne dėl to, kad mano, jog jo nuomonės yra savaime teisingos, bet dėl to, kad niekas negali deramai atsakyti į jokį klausimą niekaip kitaip, o tik giliausiu lygmeniu kliaudamasis tuo, kuo jis pats yra įsitikinęs.

Tačiau prieš išplėtodamas šį bendrą nusakymą to, kaip teisėjai turėtų interpretuoti įstatymus pagal teisės kaip integralios visumos sampratą, aš privalau pirma apsvarstyti vieną reikšmingą prieštaravimą jai, o argumentas, kurį šis prieštaravimas provokuoja, duos mums darbo daugeliui puslapių. „Heraklio metodas ignoruoja svarbų principą, giliai įsišaknijusį mūsų teisinėje praktikoje, – tą, jog įstatymai turi būti skaitomi ne pagal tai, kas – kaip yra įsitikinę teisėjai – padarys juos geriausius, bet pagal tai, ką turėjo galvoje tie teisės leidėjai, kurie juos faktiškai priėmė. Tarkime, jog Heraklis – po to, kai atsižvelgia į visa tai, į ką atsižvelgti rekomenduoja jo interpretacinis metodas, – nusprendžia, kad tas aktas yra geresnis teisėkūros produktas, jeigu jį suprantame kaip nesuteikiantį sekretoriui galios sustabdyti beveik užbaigtus ir labai brangius projektus. Kongresmenai, kurie jį išleido, galėjo turėti intenciją suteikti sekretoriui būtent tokią galią. Tokiomis aplinkybėmis mūsų teisinė praktika, remiama demokratinių principų, reikalauja, kad Heraklis gerbtų jų intencijas, o ne savo skirtingą požiūrį".

Amerikos teisinėje praktikoje teisėjai iš tiesų nuolat daro nuorodas į įvairius pareiškimus apie to akto tikslą, kuriuos kongresmenai ir kiti teisės leidėjai pateikia komiteto ataskaitose ar formaliuose debatuose. Teisėjai sako, jog šie pareiškimai, imant drauge, sudaro to akto „legislatyvinę istoriją", kurią jie turi gerbti. Tačiau mes galime laikytis dviejų kitokių požiūrių į šią legislatyvinės istorijos gerbimo praktiką. Vienas iš jų yra Heraklio požiūris. Įvairius pareiškimus, kurie sudaro legislatyvinę istoriją, jis traktuoja kaip politinius aktus, kuriuos jo įstatymo interpretacija turi atitikti ir paaiškinti, lygiai kaip ji turi atitikti paties įstatymo tekstą. Kitas požiūris – tai požiūris, presuponuojamas prieštaravimo, kurį ką tik aprašiau. Šiuos pareiškimus tas prieštaravimas traktuoja ne kaip savaime svarbius įvykius, bet kaip tų konkrečių teisės leidėjų, kurie juos padarė, mentalinės

būklės *(mental states)* įrodymą, esą reprezentuojantį teisės leidėjų daugumos, kurių balsai sukūrė tą įstatymą, mentalinę būklę.

Šią pažiūrą vadinsiu į „kalbėtojo intenciją" apeliuojančia pažiūra *(„speaker's meaning" view)*, nes ji taria, jog teisėkūra yra komunikacijos proga ar atvejis ir kad teisėjai, kai įstatymas nėra aiškus imant tiesiogiai, žiūri į legislatyvinę istoriją, kad išsiaiškintų, kokią protinę būklę *(state of mind)* teisės leidėjai siekė komunikuoti savo balsavimu. Žodžiu, ji taria, kad derama įstatymo interpretacija turi būti tokia, kurią 2-ame skyriuje pavadinau konversacine – ne konstruktyvine – interpretacija. Viešpataujantis šios teorijos modelis yra gerai žinomas kasdienės kalbos *(ordinary speech)* modelis. Kai draugas ką nors sako, mes galime paklausti: „Ką jis tuo nori pasakyti?" ir manyti, jog mūsų atsakymas į tą klausimą tam tikru aspektu nusako jo proto būklę tuo metu, kai jis kalbėjo – kokią nors idėją, kurią jis norėjo mums komunikuoti kalbėdamas tai, ką jis kalbėjo. Wittgensteinas ir kiti filosofai mus įspėja dėl šiurkštaus iškreipto šio pavaizdavimo supratimo. Turėti mintį ir parinkti žodžius tai minčiai reprezentuoti nėra du atskiri veiksmai. Taip pat žmonės nėra laisvi turėti galvoje ką tinkami, vartodami tuos žodžius, kuriuos jie vartoja, taigi klausimas „Ką jis nori pasakyti tais žodžiais?" nėra klausimas tik dėl to, ką jis turėjo galvoje kalbėdamas. Tačiau šis pavaizdavimas pakankamai gerai tarnauja kaip paprastas aprašymas to, kaip mes suvokiame to, kuris kalbėjo dviprasmiškai, supratimo problemą, ir kalbėtojo intencijos teorija mums siūlo tą patį pavaizdavimą naudoti dviprasmiškiems ar neaiškiems teisės aktams suprasti.

Jeigu asmuo pripažįsta kalbėtojo intencijos sąvoka pagrįstą pažiūrą, jo teorija, aiškinanti, kaip skaityti įstatymus, turės tam tikrą specifišką struktūrą. Savo išvadas jis teiks kaip teiginius apie paties įstatymo intenciją. Ar Nykstančių biologinių rūšių akto tikslas ar intencija yra suteikti sekretoriui tam tikrą galią? Tačiau įstatymo intenciją jis laiko teorine konstrukcija, apibendrinamuoju teiginiu apie konkrečių žmonių diskrečias intencijas, nes tik šie konkretūs žmonės gali iš tikrųjų turėti tokias konversacines intencijas, kurias jis turi galvoje. Todėl jo įstatymų teorija privalo atsakyti į štai kokį klausimų

kompleksą. Kurie istoriniai žmonės laikytini teisės leidėjais? Kaip reikia nustatyti jų intencijas? Kai šios intencijos nors kiek skiriasi kiekvieno pavienio asmens atveju, kaip jas reikia kombinuoti į visa apimančią sudėtinę institucinę intenciją? Be to, jo atsakymai turi nustatyti fiksuotą momentą, kai įstatymas buvo skelbiamas, kai jis įgijo visą tą reikšmę, kurią nuo tada turi.

Heraklio pažiūra tokios struktūros nereikalauja. Įstatymo tikslo ar intencijos idėją jis supranta ne kaip kokią nors konkrečių teisės leidėjų tikslų ar intencijų kombinaciją, bet kaip integralumo rezultatą, interpretacinės laikysenos politinių faktų, apimančių įstatymo išleidimą, atžvilgiu sąlygotą rezultatą. Jis kreipia dėmesį į pareiškimus, kuriuos teisės leidėjai padarė jo priėmimo procese, tačiau jis juos traktuoja kaip savaime svarbius politinius įvykius, o ne kaip kokios nors juos sąlygojusios mentalinės būklės liudijimą. Taigi jam nėra reikalo turėti preciziškas pažiūras dėl to, kurių teisės leidėjų mentalinė būklė yra svarbi arba kokia ši būklė yra, arba kaip jis turėtų kombinuoti jų būkles į kokią nors supermentalinę paties įstatymo ar pačios institucijos būklę. Taip pat jis nesuponuoja kokio nors kanoninės kalbinės išraiškos momento, į kurį turėtų koncentruotis jo istorinis tyrimas; istorija, kurią jis interpretuoja, prasideda iki įstatymo priėmimo ir tęsiasi iki pat to momento, kai jis turi nuspręsti, kokį verdiktą dabar paskelbti.

Heraklio metodai teikia geresnę tikros bylų sprendimų praktikos interpretaciją negu kalbėtojo intencijos teorija. Pastarosios defektai gali būti ištaisyti tik ją etapiškai transformuojant į Heraklio metodą. Trijų mano ką tik paminėtųjų lemiamos reikšmės klausimų, į kuriuos reikia atsakyti, kad kalbėtojo intencijos teoriją būtų galima panaudoti praktikoje, neįmanoma atsakyti tiesiog kvočiant šakninį – komunikavimo – modelį, tiesiog išsiaiškinant vidines intencijos ir teisėkūros, suvokiamos kaip kalbėjimo forma, sąsajas. Į juos reikia atsakyti politinėje teorijoje, prisiimant tam tikrus požiūrius kontroversiškais politinės moralės klausimais. Taigi kalbėtojo intencijos teorija negali pateisinti savo presuponuojamų politinio neutralumo pretenzijų, savo ambicijos atskirti asmeninius teisėjo įsitikinimus nuo to, kaip jis

skaito įstatymą. Be to, patys įtikinamiausi atsakymai į lemiamus klausimus mus tolydžio tolina nuo kalbėtojo intencijos teorijos, kaip ji paprastai suprantama, ir kreipia prie kitokios pažiūros – pažiūros, kuri kelia uždavinį įgyvendinti pačius abstrakčiausius ir bendriausias politinius įsitikinimus, į kuriuos savo veikloje apeliuoja teisės leidėjai, o ne viltis ir lūkesčius ar labiau detalizuotas politines nuomones, kurias jie turi galvoje balsuodami. Tačiau ši alternatyvi idėja tėra varganai suformuluota ir netvirta Heraklio metodo forma, į kurį ji, vadinasi, duodasi redukuojama.

KALBĖTOJO INTENCIJA

Hermis

Šiuos stambius teiginius argumentuosiu pakankamai detaliai, ne tik dėl to, kad į kalbėtojo intenciją apeliuojanti teisėkūros teorija *(speaker's meaning theory of legislation)* yra tokia populiari, bet ir dėl to, kad argumentas, atskleidžiantis jos defektus, teikia perskyras, kurių mums reikės, kai labiau tiesiogiai svarstysime paties Heraklio metodą. Dabar įsivaizduosiu kitą teisėją, Hermį, kuris yra beveik toks pat protingas kaip Heraklis ir lygiai toks pat stropus, kuris taip pat pripažįsta teisės kaip integralios visumos sampratą, bet pripažįsta ir į kalbėtojo intenciją apeliuojančią teisėkūros teoriją. Jis mano, jog teisėkūra yra komunikacijos forma, jog įstatymus jis privalo taikyti nustatydamas teisės leidėjų komunikacinę valią *(communicative will)* – pavyzdžiui, ką jie mėgino pasakyti, balsuodami už Nykstančių biologinių rūšių aktą. Kadangi Hermis viską daro savimoningai, jis skirs laiko reflektuoti kiekvienam iš pasirinkimų, kuriuos jis turi padaryti, kad kalbėtojo intencijos teoriją pritaikytų praktikoje.

Jis nuo pat pradžių yra įsisamoninęs vieną keblumą, su kuriuo susiduria ta teorija. Juk ir draugų, kolegų, priešų ir mylimųjų intencijas pakankamai sunku nustatyti. Kaip jis gali viltis nustatyti svetimų praeityje veikusių žmonių, kurie visi galbūt nebegyvi, intencijas? Kaip jis gali būti tikras, jog būta kokių nors jam padėti galinčių in-

tencijų, kurias reikia nustatyti? Niujorko valstijos pareigūnai, priėmę paveldėjimą reguliuojantį įstatymą, greičiausiai niekada nepagalvojo apie paveldėtoją žudiką; galbūt daugelis senatorių ir kongresmenų niekuomet nepagalvojo apie smulkios žuvelės ir beveik užbaigtų užtvankų problemą. Tačiau Hermis darbą pradeda laikydamasis praktinės laikysenos šių įrodomumo problemų atžvilgiu. Jis pripažįsta tai, jog turi įdėti daugiau pastangų, kad nustatytų mentalines laikysenas, sąlygojusias teisėkūros produkciją, nei reikia nustatyti mentalinėms būklėms žmonių, kuriuos jis sutinka baruose, jis pripažįsta, jog kartais turi apsispręsti dėl sprendinių dėl spekuliatyvinės tikimybės, o ne dėl praktinio tikrumo, ir kad kai kuriais atvejais jis privalo pripažinti, jog neturi jokių panaudoti galimų kokią nors rūpimą proto būklę liudijančių įrodymų, kurie įgalintų vienokį arba kitokį sprendimą ir tuomet būti pasirengęs spręsti tą konkretų atvejį kokiu nors kitu būdu. Aš per daug nesureikšminsiu šios įrodomumo problemos. Tai pati nereikšmingiausia iš Hermio problemų.

Kas yra įstatymo autoriai?

Prieš žvalgydamasis praeities mąstymą liudijančių įrodymų, jis turi nuspręsti, kieno tai būta minčių. Kieno mentalinės būklės laikytinos atsižvelgtinomis identifikuojant intenciją, sąlygojusią Nykstančių biologinių rūšių aktą? Kiekvienas Kongreso narys, dalyvavęs balsuojant, įskaitant tuos, kurie balsavo prieš? Gal kai kurių mintys – pavyzdžiui, tų, kurie kalbėjo debatuose arba juose kalbėjo dažniausiai, – svarbesnės už kitų mintis? Kaip dėl vykdomųjų valdininkų ir padėjėjų, kurie parengė pradinius įstatymo projektus? Kaip dėl prezidento, kuris pasirašė įstatymą ir suteikė jam teisės galią? Ar jo intencijos neturėtų būti laikomos labiau atsižvelgtinomis nei kiekvieno pavienio senatoriaus? Kaip dėl privačių piliečių, rašiusių laiškus savo kongresmenams arba žadėjusių ar grasinusių balsuoti už arba prieš juos rinkimuose, arba paremti rinkimų kampaniją, arba atšaukti tą paramą priklausomai nuo to, kaip jie balsuos? Kaip dėl įvairių lobistų ir akcijų grupių *(action groups)*, kurie suvaidino savo (dabar įprastą)

vaidmenį? Bet koks realistinis požiūris į legislatyvinį procesą numato šių grupių įtaką; jeigu jos prisidėjo prie to, kad teisė būtų papildyta tuo įstatymu, ar Hermis turi kokį nors gerą pagrindą jų intencijų nelaikyti atsižvelgtinomis apibrėžiant, kokia yra sukurtoji teisė?

Esama ir tolesnės komplikacijos. Įstatymas egzistuoja ne tik sprendimų, kuriuos žmonės padarė, kad jį išleistų, dėka, bet ir kitų žmonių sprendimo vėliau jo nekeisti arba nepanaikinti dėka. Žinoma, „sprendimas" galbūt per stiprus terminas nusakyti toms negatyvioms laikysenoms, kurios daugumai įstatymų leidžia išlikti, kartais – ilgai po to, kai jie atitarnauja. Jie išlieka dėl to, kad jiems neskiriama dėmesio, ir jie galioja automatiškai, o ne dėl kokio nors sąmoningo ir kolektyvinio sprendimo. Tačiau net dėmesio neskyrimas gali atspindėti kokį nors visuotinį supratimą apie įstatymo tikslą ir detalias pasekmes, supratimą, beskiriantį nuo to, kurio laikėsi jį pirmiausia išleidę įstatymo leidėjai; dramatiškesniais atvejais, kai žmonės rengė agitacinę kampaniją pakeitimui paremti ar siekdami, kad įstatymas būtų panaikintas, sprendimas palikti jį nepakeistą gali būti aktyvesnis ir eksplicitiškesnis gestas. Ar Hermis kada nors turėtų atsižvelgti į intencijas tų įvairių teisės leidėjų, kurie per praėjusius metus ar dešimtmečius būtų galėję panaikinti įstatymą, bet to nepadarė?

Tai ne akademiniai klausimai. Hermis privalo į juos atsakyti, kad galėtų kalbėtojo intencijos teoriją taikyti praktiškai. Jis negali rasti atsakymų klausdamas, kaip į juos atsakytų tie, į kurių intenciją dera atsižvelgti. Mat jis mėgina nustatyti, kieno intencijos laikytinos atsižvelgtinomis. Jis neturi jokio kito pasirinkimo, tik imtis šių klausimų štai kokia dvasia. Jis turi nuomonę dėl įtakos, kurią tam tikrų pareigūnų ir piliečių grupių nuostatos, nuomonės ir ambicijos turėtų turėti teisėkūros procese. Jis įsitikins, jog vienas pasirinkimų, kuriuos jis galėtų priimti spręsdamas, kieno intencija turėtų būti laikoma atsižvelgtina nustatant legislatyvinę intenciją, kompleksas labiau priartintų prie jo idealo, jeigu būtų bendru mastu pripažįstamas teisėjų, ir kad kitas kompleksas tik tolintų nuo to idealo. Kadangi kalbėtojo intencijos teorija pati savaime neišsprendžia klau-

simo, kieno intencija yra atsižvelgtina, Hermio atveju būtų klaidinga rinktis kuriuos nors atsakymus iš antrojo komplekso vietoj pirmojo komplekso atsakymų.[2]

Taigi jo sprendiniai dėl to, kieno mintys yra atsižvelgtinos, bus jautrūs jo pažiūroms vienu senu klausimu – ar žmonėms atstovaujantys teisės kūrėjai turėtų vadovautis savo pačių nuomonėmis ir įsitikinimais, būti atskaitingi tik savo sąžinei, – ir vienu naujesniu klausimu – ar lobizmas, abipusiškos paslaugos ir politinės akcijos komitetai yra demokratinio proceso korupcija, ar vertingi instrumentai tam procesui sklandinti ir efektyvinti. Jo sprendimai taip pat bus jautrūs jo įsitikinimams apie reliatyvią teisingumo, kaip jis jį suvokia, svarbą ir apie aiškumą *(certainty)* teisėkūroje. Galiausiai jis galėtų prieiti išvadą, jog pirmenybę dera atiduoti labiau suvaržytam aiškinimui, kieno intencija laikytina atsižvelgtina, – pavyzdžiui, aiškinimui, eliminuojančiam tiek amžininkus lobistus, tiek paskesnius teisės leidėjus, kurie būtų galėję panaikinti tą įstatymą, bet to nepadarė, – ne dėl to, jog jis mano, kad legislatyvinis procesas yra teisingesnis tada, kai ignoruoja viešąjį spaudimą arba yra nejautrus kaitai, bet todėl, jog platesnis suvokimas legislatyvinės intencijos idėją padarytų pernelyg miglotą ar beformę, kad ši turėtų kokią nors praktinę naudą aiškinantis dviprasmišką teisėkūros produkciją.

Kaip jas sumuoti?

Tarkime, jog Hermis galiausiai nusprendžia, kad tik kongresmenų, faktiškai balsavusių už įstatymą, kai šis buvo priiminėjamas, intencijos turėtų būti laikomos atsižvelgtinomis ir kad visų jų intencijos turėtų būti laikomos vienodai atsižvelgtinomis. Dabar tarkime, jog jis pripažįsta, kad net šios pasirinktosios grupės narių jam rūpinčios intencijos buvo nevienodos. Vieno kongresmenų būrio intencija buvo ta, kad skretorius turėtų galią sustabdyti bet kokį projektą, kitos – kad jis turėtų galią stabdyti projektą, jeigu toks sprendimas nėra aiškiai nerezoniškas, o trečios – kad jis neturėtų jokios galios stabdy-

ti jokio projekto, pradėto prieš jam įvardijant biologinę rūšį, kuriai dėl to projekto grėstų išnykimas. Kalbėtojo intencijos teorija reikalauja iš Hermio susumuoti šias įvairias nuomones į kokią nors sudėtinę grupinę intenciją. Ar jis turėtų naudoti „daugumos intencijos" perspektyvą, pagal kurią institucinė intencija – jei tai išvis kokios nors grupės intencija – yra intencija tos grupės, kuri būtų buvusi pakankamai didelė priimti įstatymą, jeigu ta grupė viena būtų balsavusi už jį?[3] Ar – „daugybės" intencijos *(„plurality" intention)* schemą, pagal kurią legislatūros opinija būtų laikytina stambiausios iš tų trijų grupių opinija, net jeigu kitos dvi grupės, paimtos kartu, buvo daug didesnės? O gal kokią nors „reprezentatyvios intencijos" perspektyvą, suponuojančią mitinį vidutinį ar reprezentatyvų teisės leidėją, kurio nuomonė artimiausia daugumos teisės leidėjų nuomonėms, tačiau nėra identiška nė vienai iš jų? Jeigu – pastarąją, kaip reikia konstruoti šį mitinį vidutinį teisės leidėją? Yra daug kitų galimų būdų individualias intencijas kombinuoti į grupinę ar insititucinę intenciją. Kaip Hermis turėtų apsispręsti dėl kurio nors vieno būdo?

Jis turi kliautis – ir vėl – savo paties politinio sprendimo galia. Tarkime, jog jis mano, kad demokratinės teorijos sveiku protu pagrįsti principai reikalauja nedaryti jokių pakeitimų, kurie pakeistų žmonių juridinių teisių *status quo,* jeigu tokios nesiekė teisės leidėjų dauguma. Ta nuomonė jį kreiptų prie daugumos intencijos teorijos. Tačiau tarkime, jog jis mano, priešingai, kad žmonių juridines teises dera kiek įmanoma priartinti prie tų, kurios skelbiamos deramomis teisės leidėjų daugumos. Šitai jam darys patrauklią reprezentatyvios intencijos sąvoka paremtą pažiūrą, bent jau kaip tai, kas yra priešinga daugumos intencija besiremiančiai pažiūrai, nes tuomet jis teiktų pirmenybę tam, kad žmonių pozicija būtų tokia, kurią projektuoja reprezentatyvios intencijos samprata, net jei detaliu pavidalu šitai nebuvo daugumos intencija, o ne jų *status quo* išlaikymui, kurio niekas nesiekė.

Kokia mentalinė būklė? Viltys ir lūkesčiai

Tačiau tarkime, jog intencijų kombinavimo problema išsisprendžia štai kaip. Hermis kažkaip sužino, jog visų daugumos, balsavusios už Nykstančių biologinių rūšių aktą, narių nuomonės buvo visiškai vienodos, tad jeigu jis nustato vieno kurio intencijas – sakykime, senatorės Smith – jis bus nustatęs visų intencijas. Taip pat tarkime, jog nors Smith niekuomet nėra išreiškusi savo nuomonių jokiu formaliu būdu – pavyzdžiui, komiteto ataskaitoje ar teisės leidėjų debatuose, Hermis vis dėlto turi kokį nors kitą būdą nustatyti, kokios buvo jos nuomonės. Dabar jis turi imtis pačio sunkiausio klausimo. Smith mentalinis pasaulis yra sudėtingas; kurie iš jos įsitikinimų, laikysenų ar kitų mentalinių būklių konstituoja jos „intenciją"? Intencijos klausimą nagrinėjome 2-ame skyriuje; sakiau, jog tam tikruose kontekstuose intencijos nėra tik sąmoningų mentalinių būklių dalykas. Tačiau kalbėtojo intencijos teorija intenciją sieja su teisės leidėjų, norinčių komunikuoti ką nors konkretaus, vaizdiniu, taigi siekia nustatyti, būtent ką teisės leidėją būtų galima manyti iš tikrųjų turėjus galvoje tuo metu, kai jis reiškė savo valią savo balsu.

Tačiau vienu atžvilgiu eilinio teisės leidėjo – eilinio partijos nario parlamente – pozicija toli gražu nėra paprasto kalbėtojo pozicija. Žmonės, vienas su kitu kalbantys įprastu būdu, gali pasirinkti žodžius, taigi pasirinkti tokius žodžius, kuriuos jie tikisi turėsiant tokį poveikį, kokio jie nori. Jie tikisi būti suprasti tuo būdu, kuriuo jie viliasi būti suprasti. Tačiau kai kurie žmonės negali kontroliuoti savo žodžių: įkaitas, kalbantis telefonu, kai į jį atkreiptas ginklas, išties gali viltis, kad nebus suprastas taip, kaip jis pats numato. Arba už visą grupę pasirašantysis grupinį laišką, kurio negali perrašyti, arba to laiško autorius, kuris jį formuluoja taip, kad pritrauktų kiek įmanoma daugiau parašų. Teisės leidėjų pozicija labai dažnai yra būtent tokia. Kongresmenas, balsavęs už Nykstančių biologinių rūšių aktą, galbūt apgailestavo dėl to, kad jame nėra jokios eksplicitiškos klauzulės, nustatančios, jog sekretorius negalėtų nutraukti brangių projektų, jei šie yra pradėti, nors jis ir neturėjo galios ar laiko inicijuoti

tokios klauzulės įterpimą. Tokiu atveju jis tikrai galėtų numatyti, jog aktas bus interpretuojamas taip, kad išsipildys jo blogiausi būgštavimai, tačiau jis viltųsi, kad jis nebus taip interpretuojamas. Taigi jis nėra panašus į tą, kuris nusprendžia komunikuoti tam tikrą mintį ar idėją, ar norą. Jis užima tarpinę poziciją tarp kalbėtojo ir recipiento. Jis turi nuspręsti, kokio žodžių, išdėstytų popieriuje priešais jį, perteikiamos minties supratimo reikia tikėtis, o tada nuspręsti, ar jis pageidauja, kad toks turinys *(message)* būtų teikiamas viešuomenei ir jos pareigūnams, įskaitant teisėjus, jeigu esama vienintelės realistinės alternatyvos – neteikti visiškai jokio pranešimo. Ši vaidmens permaina yra svarbi, nes pranešimo, kurį jis sutinka siųsti, autoriumi jis laiko dokumentą, o ne save ar kokį kitą asmenį.

Hermis mano, jog jis turi nuspręsti, ar rūpimoji kongresmeno intencija yra pastarojo vilčių ar – lūkesčių dalykas, kai viltys ir lūkesčiai nesutampa. Tarkime, jog Smith suvokė, kad Nykstančių biologinių rūšių aktas, ta forma, kuria jis pateiktas balsuoti, gali būti aiškinamas kaip teikiąs sekretoriui galią sustabdyti beveik užbaigtus projektus, vylėsi, kad jis nebus taip traktuojamas, tačiau numatė, jog jis bus aiškinamas būtent taip. (Sakykime, jog ji nesiūlė papildymo, nes nežinojo kiek kitų jos kolegų vylėsi to paties kaip ji, arba dėl to, kad baiminosi, jog bus siūlomi ir kitokie pakeitimai, jeigu ji pasiūlytų šį, arba dėl to, kad ji nemanė, jog šį klausimą verta atidėlioti.) Hermiui akimirką galėtų atrodyti gundanti idėja, jog šiomis aplinkybėmis Smith intencija turėtų būti laikomos jos viltys, o ne jos lūkesčiai. Šiaip ar taip, galėtų galvoti jis, teisėkūra turėtų išreikšti teisės leidėjų daugumos valią, o valia yra daugiau vilties nei išankstinio numatymo dalykas. Tačiau jis žino, jog kongresmenų viltys labai dažnai niekaip neprisideda prie jų geros reputacijos. Už Nykstančių biologinių rūšių aktą Smith galėjo balsuoti dėl to, kad baiminosi gamtosaugininkų lobistų opozicijos per artimiausius rinkimus, arba dėl to, kad žinojo, jog jos rinkėjai nori, kad ji taip balsuotų. Jeigu jos motyvai būtų tokie, ji galbūt būtų vylusis, jog aktas bus aiškinamas kiek įmanoma siauriau, mat ji manė jį esant kvailą, o gal dėl to, kad aktas buvo bloga žinia korporacijoms, valdomoms jos draugų. Tad Hermis gali

būti linkęs į iš pažiūros priešingą požiūrį, – jog Smith intencijas dera laikyti dalyku to, kaip ji numato įstatymą būsiant suprastą. Kad ir kaip ten būtų, jeigu ji balsuoja už įstatymą, kurį ji numato turėsiant tam tikrų pasekmių, tai ji, nors gali dėl jų apgailestauti, jau yra susitaikiusi su šiomis pasekmėmis kaip su galutinio visiems priimtino kompromiso dalyku, kompromiso, kuriam ji teikia pirmenybę to, ką ji laiko alternatyva, atžvilgiu. Taigi legislatyvinės intencijos teorija, apeliuojanti į išankstinį spėjimą, atrodo garantuojanti, jog teisės leidėjų dauguma sutarė dėl tokio įstatymo, koks buvo priimtas. Tačiau Hermio entuziazmas dėl sprendimo, apeliuojančio į lūkestį *(expectation solution)* truks neilgai, mat lygiai kaip teisės leidėjo viltys gali atspindėti egoistines ambicijas, kurioms nėra vietos jokioje priimtinoje legislatyvinės interpretacijos teorijoje, taip ir jo lūkesčiai gali būti pagrįsti spėjimais, kuriems taip pat nėra vietos tokioje teorijoje. Smith gali numatyti, jog Nykstančių biologinių rūšių aktas bus aiškinamas siaurai, tik dėl to, kad ji mano – teisingai ar klaidingai, – jog pirmoji byla, kurioje taikomas tas aktas, teks gamtosaugos atžvilgiu priešiškai nusiteikusiems teisėjams. Kiekvienu atveju sprendimas, apeliuojantis į lūkestį, būtų paradoksalus, jeigu būtų pripažįstamas bendru mastu. Jeigu suprantama, jog neaiškų įstatymą teisėjai įgyvendins tuo būdu, kuriuo jį būsiant įgyvendintą numato dauguma kongresmenų, kaip mums leidžia manyti psichologija, tai teisėjas turi nuspręsti, ką Smith numatė jį darysiant, o tai reiškia – ką ji numatė jį manysiant ją numačius jį darysiant, ir taip toliau be pabaigos. Tai – galvosūkis žaidimų teorijai, o ne praktinis metodas įstatymams suprasti. Teisės leidėjams gali būti pravartu numatyti, kaip teisėjai interpretuos jų įstatymus, tik jeigu jie mano, jog teisėjai naudoja kokį nors įstatymų interpretacijos metodą, kuris yra nepriklausomas nuo teisės leidėjų numatymų.[4]

Dabar Hermis patiria šiokių tokių sunkumų. Jis pradėjo pripažindamas tai, jog jis privalo gerbti legislatyvinę intenciją, nustatydamas, sudėdamas ir įgyvendindamas tam tikrų žmonių, veikusių praeityje, mentalines būkles. Tačiau šių mentalinių būklių jis negali tapatinti nei vien su tų žmonių viltimis, nei su jų lūkesčiais, kai viltys ir

lūkesčiai nesutampa. Taip pat – net (kaip jis dabar supras) kai viltys ir lūkesčiai sutampa, nes įvairūs argumentai, kurie jį vertė atmesti arba vilčių, arba lūkesčių metodą atskirai, lygiai taip pat tvirtai galioja prieš jų abiejų kombinaciją. Smith galėtų viltis, jog įstatymas bus aiškinamas siaurai, nes tai duotų naudos jos draugams, valdantiems korporacijas, ir rėmėjams, ir spėti, kad taip bus dėl to, jog, jos įsitikinimu, pirmąsias bylas spręs gamtosaugos atžvilgiu nepalankiai nusiteikę teisėjai. Atrodo neteisinga jos nuomones laikyti lemiamomis net tuomet, kai jos tokiu būdu kombinuoja jos viltis ir numatymus. Hermis netruks rasti išeitį iš šios tariamos dilemos – jį išgelbės nauja idėja: jog įstatymų interpretacijos teorija, pagrįsta kalbėtojo intencijos sąvoka, reiklalauja laikyti, jog Smith intencijos kyla iš jos *įsitikinimų,* būtent įsitikinimų dėl to, ko reikalautų teisingumas ar sveiku protu pagrįsta politinė nuostata, įsitikinimų, kurie, žinoma, gali skirtis nuo jos vilčių arba nuo jos lūkesčių. Kai Hermis eina šiuo keliu, jis išplėtoja kitokį metodą įstatymams skaityti nei tie, kuriuos jis svarstė iki šiol.

Kontrafaktinės (counterfactual) mentalinės būklės

Tačiau aš noriu tarti, jog jam dar nebuvo šovusi ši idėja ir jis vis dar galynėjasi su viltimis ir lūkesčiais. Iki šiol jis rėmėsi ta visiškai nepagrįsta prielaida, jog Smith, atiduodama savo balsą, iš tikrųjų turėjo kokią nors jam rūpinčią viltį arba iš tikrųjų padarė kokį nors spėjimą. Jis suvokia, jog gali būti ir kitaip, jog ji galėjo iš viso nepagalvoti apie nebaigtas užtvankas, lygiai kaip teisės leidėjai, balsavę už paveldėjimą reguliuojantį įstatymą, negalvojo apie tokius žudikus kaip Elmeris. Kaip tuomet Hermis išprotaus jos intenciją? Daugelis teisininkų sako, jog šiomis aplinkybėmis teisėjai turėtų kelti štai kokios formos *kontrafaktinį* klausimą: kokia būtų buvusi Smith intencija, jeigu ji būtų apgalvojusi tą problemą? Geriausias atsakymas į tokį kontrafaktinį klausimą gali būti tas, jog neįmanomas joks atsakymas. Jeigu Smith niekada negalvojo apie nykstančią ešerinių šeimos žuvų rūšį, tai negali būti nei teisinga, nei klaidinga sakyti, jog ji būtų

norėjusi, kad beišnykstanti žuvų rūšis būtų išsaugota, jeigu būtų apie tai pagalvojusi.[5] Tačiau kartais įmanomi geri atsakymai į kontrafaktinius klausimus. Galime nesunkiai įsivaizduoti įrodymus, liudijančius, jog jeigu ji būtų mąsčiusi apie tą problemą, būtų norėjusi, kad ta žuvis būtų išsaugota arba, priešingai, kad užtvanka būtų užbaigta ir atidaryta. Arba – įrodymus, liudijančius, jog ji būtų numačiusi, kad teismai gins žuvį arba, priešingai, numačiusi, kad jie leis atidaryti užtvanką. Tačiau kadangi Hermis jau yra nusprendęs, jog Smith intencija nėra jos faktinių vilčių ar lūkesčių dalykas, jis taip pat nemanys, kad ji gali būti jos hipotetinių, kontrafaktinių vilčių ar lūkesčių dalykas. Todėl jis gali jausti pagundą rūpimąjį kontrafaktinį klausimą interpretuoti kaip štai kokį klausimą: jeigu būtų buvusi inicijuota pataisa, specifikuojanti, jog sekretorius neturi galios sustabdyti užtvankos Tenesio valstijoje statybas, kai ta užtvanka jau yra beveik baigta, ar Smith būtų balsavusi už, ar prieš tą pataisą? Juk galiausiai tai, jog niekas nepagalvojo apie tą problemą ir neinicijavo tokios pataisos, buvo apgailestavimo vertas atsitiktinumas, ir atrodo logiška klausti, kas būtų atsitikę, jei tas atsitiktinumas nebūtų atsitikęs.

Tačiau Smith būtų galėjusi balsuoti už ar prieš bet kokią tokio pobūdžio pataisą dėl daugybės įvairiausių priežasčių: pavyzdžiui, dėl to, kad troško išvengti kongreso darbo pertraukos arba nenorėjo supykdyti pataisos autoriaus, kurio pagalba jai buvo reikalinga kituose reikaluose, arba dėl to, kad buvo šantažuojama kokio nors asmens, kuris aplinkybių valia buvo Tenesio valstijos pareigūnas. Atrodo keista – dėl bet kurios iš šių priežasčių – įstatymo taikymą daryti priklausomą nuo jos kontrafaktinio balsavimo. Esama fundamentalesnio sunkumo: tai, kaip ji būtų balsavusi, neabejotinai priklausytų nuo to, kada ir kokiomis aplinkybėmis ta pataisa buvo inicijuota, taip pat nuo to, kokiais žodžiais ji buvo suformuluota. Ji būtų galėjusi balsuoti už ją, jeigu ji būtų buvusi inicijuota pradiniame legislatyvinio proceso etape, bet ne jo pabaigoje, nes tuomet ji nebūtų norėjusi atidėti balsavimo už visą įstatymo projektą. Arba ji būtų galėjusi balsuoti už ją, nepaisydama savo abejonių, jeigu ji būtų buvusi inicijuota kaip dalis pataisų paketo, apimančio ir kitas pataisas, kurių ji

labai norėjo. Todėl Hermis turi sukonstruoti kokį nors preciziškesnį kontrafaktinį klausimą: jis turi pasakyti ką nors daugiau nei vien tai, jog tai, kad nebuvo inicijuota jokia pataisa, buvo atsitiktinumas; jis turi paaiškinti, kokia pataisa, jo manymu, būtų buvusi inicijuota, jei nebūtų sutrukdęs tas nesėkmingas atsitiktinumas. Joks pagrįstas atsakymas į šį klausimą yra neįmanomas. Būtų arbitralu tarti, pavyzdžiui, jog jeigu problema būtų buvusi numatyta, aiškinamoji pataisa būtų buvusi neišvengiamai inicijuota prieš galutinį balsavimą. Taigi ar jis turėtų sakyti, jog Smith intencija implikuotų tam tikrą konkrečią pažiūrą nykstančios žuvų rūšies klausimu tik tuo atveju, jeigu ji būtų balsavusi už atitinkamą pataisą, nesvarbu kada ar kokiomis aplinkybėmis ji buvo pasiūlyta? Tai pernelyg griežtas teiginys: jokia provizija negalėtų išlaikyti šio testo. Iš tiesų atrodytų per griežta teigti net tai, jog Niujorko valstijos teisės leidėjai būtų pritarę pataisai, atimančiai iš žudikų teisę paveldėti, nesvarbu kada ir kokiomis aplinkybėmis ta pataisa buvo inicijuota.

Antroji mano minėtoji kontingentiška aplinkybė – hipotetinio papildymo formuluotės žodžiai – kelia dar daugiau rūpesčių. Aš tariau, jog Smith buvo paprašyta balsuoti konkrečiai dėl pataisos, darančios išimtį Tenesio slėnio administracijos projektui sekretoriaus kontrolės atžvilgiu. Tačiau itin mažai tikėtina, jog būtų buvusi pasiūlyta kokia nors tokia labai specifiška pataisa. Labiau tikėtina, jog pataisa būtų paskelbusi išimtimi bet kokį projektą, įgaliotą iki kalbamąją rūšį įvardijant nykstančia, arba bet kokį projektą, kurio įgyvendinimas iš tikrųjų buvo prasidėjęs iki to momento, arba bet kokį projektą, kuris buvo labai arti pabaigos. Arba pataisa būtų buvę numatyta, kad jau patvirtintų (ar galbūt jau pradėtų) projektų atveju sekretorius savo galią turi naudoti „rezoniškai“, atsižvelgdamas į rūšies, kuriai iškilo išnykimo pavojus, svarbą ir į projekto svarbą, į tai, kiek pažengusios statybos, kiek lėšų jau yra investuota į šį projektą ir t. t. Galėjo būti inicijuota be galo daug kitokių pataisų, kurios, jeigu būtų buvusios priimtos, galėtų būti suvokiamos kaip pateisinančios išimtį Tenesio slėnio administracijos projektui. Smith būtų balsavusi už kai kurias iš šių pataisų, jeigu jos būtų buvusios pasiūlytos

ir jeigu ji būtų dalyvavusi balsuojant ir prieš kitas. Ir vėl: Hermis turėtų tam tikrą pataisos formą pasirinkti kaip kanoninę, kad nuspręstų, ar ji būtų balsavusi už, ar prieš Tenesio slėnio administraciją, jeigu būtų buvusi pasiūlyta priimtina pataisa; ir vėl: bet koks pasirinkimas būtų arbitralus.

ĮSITIKINIMAI

Nauja pradžia

Dabar grįžkime prie naujosios idėjos, kuri buvo bešaunanti Hermiui į galvą, kai aš jį priverčiau galvoti apie kontrafaktines intencijas. Jis žiūrėtų ne Smith vilčių ir lūkesčių arba to, ką ji būtų dariusi tomis aplinkybėmis, kurių nebuvo, o politinių įsitikinimų, kuriais ji rėmėsi balsuodama už tą aktą arba būtų balsavusi, jeigu būtų balsavusi principo pagrindais. Manytina, jog Smith puoselėjo savus įsitikinimus ir nuostatas įvairiais teisiškumo ir teisingumo klausimais, taip pat įsitikinimus dėl to, kokios gamtosaugos strategijos būtų efektyviausios siekiant bendruomenę kaip visumą padaryti geresnę. Aš nenoriu pasakyti, jog ji turėjo užbaigtą politinę, moralinę ir ekonominę teoriją. Jos įsitikinimai dėl teisiškumo, teisingumo ir išmintingos politinės strategijos galėjo būti prastai suformuoti, neužbaigti ir veikiau nereflektuotos intuicijos ar instinkto dalykas nei apsvarstytos filosofinės išvados. Tačiau ji vis dėlto turėjo tokių įsitikinimų ir šitai visiškai dera su tuo, kad ji turėjo kitų motyvų, kuriuos aš įsivaizdavau anksčiau: jos noru susikurti sąlygas savo politinei arba finansinei karjerai arba užtikrinti savo partijos politinę sėkmę arba stambias korporacijas valdančių draugų klestėjimą. Tai taip pat dera su tuo, jog veikdama ji kartkartėmis vadovaujasi pastaraisiais motyvais, o ne savo įsitikinimais – ar netgi dažniau negu įsitikinimais.

Anot Hermio naujojo pasiūlymo, Smith „intencija", jai balsuojant už Nykstančių biologinių rūšių aktą, kyla iš tų jos įsitikinimų, kurie pateisintų jos balsavimą – jeigu apskritai koks nors įsitikinimas

jį pateisintų. Kai jis nustato, jog ji negalvojo apie nykstančią žuvų rūšį, jam nėra reikalo kontrafaktiškai spekuliuoti apie tai, ko ji būtų vylusis ar tikėjusis, ar kaip ji būtų balsavusi. Jis gali iškelti visiškai ne kontrafaktinį klausimą: kokia pozicija dėl sekretoriaus galios sustabdyti nebaigtas užtvankos statybas natūraliausiai kyla iš jos politinių įsitikinimų, kiek jis įstengė šiuos nustatyti? Net jeigu ji niekuomet nebuvo girdėjusi apie tą nykstančią žuvų rūšį, ji vis vien galėjo turėti įsitikinimų, kurie turi implikacijų šiai problemai: pavyzdžiui, ji galėjo manyti, jog biologinių rūšių sauga yra nepaprastos svarbos dalykas, jog būtų negarbė tautai leisti žūti kad ir vienai rūšiai, jeigu ją būtų galima išsaugoti. Tokiu atveju būtų pateisinama Hermio išvada, jog jos tikriesiems įsitikinimams, kiek iki šiol pavyko juos atskleisti, būtų geriau pasitarnauta ginant žuvį, o ne užtvanką. Taigi įsitikinimų paisanti perspektyva visiškai išvengia dažnai mįslingų ir visada arbitralių kontrafaktinių instrumentų, kurie yra tokie populiarūs įstatymų interpretacijos vadovėliuose. Hermis pirmenybę teiks į įsitikinimus apeliuojančiai interpretacijai kitų interpretacijų atžvilgiu, kurias jis taip pat svarstė bendresniais pagrindais, nes į įsitikinimus apeliuojanti interpretacija daug geriau tinka principo bendruomenės siekiams. Tokios bendruomenės nariai tikisi, jog jų teisės leidėjai veiks remdamiesi principu ir integraliai, o šis tikslas yra remiamas, jeigu teisėkūros aktai įgyvendinami ne asmeninių ambicijų, kuriomis garsėja teisės kūrėjai, bet įsitikinimų, dominuojančių legislatūroje kaip visumoje.

Kai dėl šių įvairių priežasčių Hermis imasi į įsitikinimus apeliuojančios interpretacijos, jis labai nutolsta nuo pradinio teisėkūros kaip komunikacijos vaizdinio. Smith balsavimai turėtų būti suvokiami kaip jos įsitikinimų paliudijimas, tačiau jie nėra jų pareiškimas tuo būdu, kuriuo kalbėtojo sakiniai yra minties, kuriai išreikšti jis juos naudoja, išsakymas.

Konfliktuojantys ir dominuojantys įsitikinimai

Tačiau naujoji Hermio idėja yra naujų problemų šaltinis. Smith politiniai įsitikinimai, kad ir kokie apytikriai ir neužbaigti, nėra tiesiog pirkinių sąrašo tipo atsitiktinių nuomonių ir pozicijų kratinys. Jos nuomonės dėl to, kas yra teisinga arba neteisinga, teisiška ar neteisiška, išmintinga ar kvaila, atitinka nacionalinį ar kolektyvinį interesą ar jam prieštarauja, pasižymi įvairove, tačiau ji jas regi kaip turinčias hierarchišką struktūrą: kai kurias ji traktuoja kaip labiau pamatines ir fundamentalesnes už kitas, o kai kurias – kaip priklausomas nuo kitų arba jas remiančias, arba kaip abejopas. Jeigu ji nėra herakliška moralistė, šios įvairios nuomonės nebus tobulai suderintos tarpusavyje. Arba – tai svarbiau dabar mūsų čia plėtojamam argumentui – jos neatrodys tobulai suderintos tam, kuris imasi – kaip turi daryti Hermis – susieti jas vieningoje, koherentiškoje pateisinamojoje struktūroje, kurios reikalauja integralumas. Jos nuomonės apie gamtosaugos politinę strategiją jam galėtų atrodyti labai aštriai konfliktuojančios su jos pažiūromis dėl to, kokiu mastu yra teisiška ir rezoniška įstatymo lygmeniu nustatyti tuos nacionalinius estetinius standartus, kuriuos ji remia savo pasisakymuose ar balsavimuose dėl būsto statybų ar teritorinio planavimo įstatymų. Arba – su jos įsitikinimais, atsispindinčiais pasisakymuose ar balsavimuose dėl vietos savivaldos ar mokesčių politikos, įsitikinimais dėl to, kokiu mastu ekonominiai atskiros vietovės interesai turėtų būti aukojami nacionalinės daugumos nuostatoms, daugumos, kurios narių dauguma nepatirs panašaus finansinio nuostolio. Arba su jos pažiūromis dėl politinio teisingumo, dėl to, kokiu mastu valdžiai leidžiama orientuoti nacionalinę opiniją, nustatant kokią nors sampratą apie tai, koks yra viešasis interesas, o ne vadovautis ja, pažiūromis, sugestijuojamomis, pavyzdžiui, jos nuomonių ir balsavimų dėl nacionalinių subsidijų menams.

Nė vienas iš šių potencialių konfliktų Hermiui nekėlė nerimo, kai jis svarstė, ar įvairias Smith nuomones traktuoti kaip viltis, ar kaip lūkesčius, arba kai jis suko galvą dėl to, kaip ji būtų balsavusi,

jeigu nykstančios žuvų rūšies klausimas būtų buvęs iškeltas. Jo pradiniai motyvai manyti, jog yra svarbu tai, ar ji būtų balsavusi už tam tikrą konkretų papildymą, jeigu jis būtų buvęs inicijuotas, netaptų silpnesni, jeigu tas kontrafaktinis balsavimas būtų nederėjęs su jos kitais balsavimais. Tačiau Hermio naujoji į įsitikinimus apeliuojanti perspektyva yra kitokia. Dabar jis mano, jog įstatymus dera suprasti kaip remiančius principo bendruomenės siekius, t. y. kad jie turėtų būti skaitomi kaip išreiškiantys koherentišką įsitikinimo schemą, dominuojančią legislatūroje, kuri juos išleido. Jis remiasi prielaida, jog Smith pažiūros reprezentuoja jos kolegų pažiūras; jeigu jis įtaria, jog kai kurios iš jos nuomonių konfliktuoja su jos bendresniais ir fundamentalesniais politiniais įsitikinimais ir šių požiūriu yra smerktinos – jis turi klausti, kuris įstatymo perskaitymas geriausiai tarnautų visiems jos įsitikinimams, paimtiems drauge, kaip struktūruotai idėjų sistemai, pateikiamai kiek įmanoma koherentiškesniu pavidalu.

Tai svarbi išvada, nes, kaip netrukus pamatysime, ji Hermį tolydžio artins prie Heraklio interpretacinių įstatymo skaitymo metodų – metodų, kuriuos Hermis iš pradžių atmetė. Tačiau turime stabtelėti, kad pažymėtume loginę klaidą, kuri gali ką nors sugundyti neigti šios išvados svarbą: aš turiu galvoje klaidą, kurią daro tie, kas mano, jog įvairūs Smith įsitikinimai niekuomet negali iš tikrųjų konfliktuoti vienas su kitu. Pradžioje nusakysiu paprasčiausią šios klaidos formą, kuria jos niekas nesusigundytų padaryti. Tarkime, jog Smith mano, kaip ką tik įsivaizdavome, kad biologinių rūšių sauga yra toks svarbus dalykas, jog tauta, idant pasiektų šį tikslą, turi ryžtis stambioms aukoms. Smith galvojo apie minėtą nykstančią žuvų rūšį ir mano, jog Tenesio užtvanka turėtų būti užbaigta ir atidaryta. Akivaizdu, jog ji padarė tam tikrą fakto klaidą: galbūt, pavyzdžiui, ji nesuvokė, jog užtvanka sunaikins vienintelį tų žuvų arealą. Kai mes jau žinome, jog ji padarė tokią faktinę klaidą, manome esant teisinga sakyti, kad jos konkretus įsitikinimas, jog užtvanka turėtų būti atidaryta, konfliktuoja su jos absatraktesniu įsitikinimu, kad biologinės rūšys turi būti išsaugotos bet kokia kaina, išskyrus pačią didžiausią. Dabar apsvarstykime štai kokį absurdišką prieštaravimą šiai išvadai.

„Smith nuomonės nekonfliktuoja, nes jos pirmasis įsitikinimas smerkia ne visus aktus, kurie iš tikrųjų kelia pavojų biologinėms rūšims, o tik tuos aktus, kuriuos ji *mano* keliant grėsmę rūšims. Taigi nors ji padarė tam tikrą klaidą dėl užtvankos poveikio nykstančiai žuvų rūšiai, jos negalima kaltinti jokiu prieštaringumu, ir Hermis jos įsitikinimams pasitarnauja tik leisdamas užtvanką atidaryti". Absurdiškumas glūdi šį prieštaravimą grindžiančiame požiūryje į įsitikinimo turinį. Galime pasakyti, jog Smith *žino,* kad ji oponuoja tik tiems aktams, kuriuos ji mano keliant pavojų biologinėms rūšims; tuo atveju turime galvoje, jog šie aktai yra vieninteliai aktai, kuriuos ji *suvokia* esant smerkiamus jos įsitikinimų. Tačiau neteisinga apie patį jos įsitikinimą – tai, ką jis jai reiškia, – kalbėti kaip apie įsitikinimą, jog neteisingi yra tik tie aktai, kuriuos ji mano keliant pavojų biologinėms rūšims. Asmens įsitikinimas negali būti efektyvus, jeigu tas asmuo nepripažįsta, jog tai, kas iš tikrųjų kyla iš jo įsitikinimo, priklauso nuo to, kas yra iš tiesų teisinga, o ne nuo to, ką jis mano esant teisinga.

Žinojimo ir įsitikinimo perskyra čia turi lemiamą reikšmę. Palyginkite štai kokius du argumentus. (1) Oidipas nužudė žmogų, kurį sutiko kryžkelėje. Žmogus, kurį jis sutiko kryžkelėje, buvo jo tėvas. Taigi Oidipas nužudė savo tėvą. (2) Oidipas žinojo, jog jis žudo žmogų, kurį sutiko kryžkelėje. Žmogus, kurį jis sutiko kryžkelėje, buvo jo tėvas. Taigi Oidipas žinojo, jog jis žudo savo tėvą. Pirmasis argumentas yra validus, tačiau antrasis – ne, nes propozicijose, aprašančiose, ką asmuo manė ar žinojo, o ne ką jis darė, mes negalime pakeisti vieno kitu atskirų aprašymų, nors jie nurodo tą patį dalyką. (Mąstymo arba žinojimo kontekstus filosofai vadina „neperregimais" *[opaque],* priešpriešindami „skaidriems" kontekstams *[transparent].*)[6] Štai argumentas, kuris negalioja dėl tos pačios priežasties: kadangi Smith yra įsitikinusi, jog projektai, keliantys pavojų biologinėms rūšims, turėtų būti sustabdyti, o šis projektas kelia pavojų biologinėms rūšims, Smith mano, jog šis projektas turėtų būti sustabdytas. Tačiau įsitikinimų pareiškimai, formuluojami žmonių, kurie laikosi tų įsitikinimų, yra perregimi sankaitai palankia prasme, taigi nėra neteisinga ar klaidinga sakyti (priešingai: visiškai tei-

singa), jog Smith „yra įsipareigojusi“ užtvankos statybų stabdymo nuostatai arba kad iš jos įsitikinimų „kyla“ išvada, jog užtvankos statybos turi būti sustabdytos.

Taigi su prieštaravimu, kurį pavadinau absurdišku, lengvai susidorojame, nes jis remiasi klaidingu įsitikinimo pareiškimų logikos supratimu. Tačiau turime būti budrūs, kad to paties prieštaravimo, besiremiančio ta pačia klaida, nepražiūrėtume kitokiame kontekste, kur jis gali iš pradžių atrodyti įtikimesnis. Tarkime, jog Smith laikosi nuosaikesnių įsitikinimų komplekso. Ji mano, jog yra svarbu išsaugoti biologines rūšis, tačiau nemano, jog tai yra svarbiau už viską, todėl, jos manymu, sekretorius neturėtų turėti galios ginti nereikšmingą biologinę rūšį, kai šitai būtų aiškiai „nepagrįsta“, turint omenyje padarinius viešiesiems finansams bei kitiems viešiesiems tikslams. Sykiu ji mano, kad Tenesio projektas turėtų būti sustabdytas, kad būtų išsaugota nykstanti žuvų rūšis. Mes tariame, jog ji nepadarė jokios „faktinės“ klaidos, tačiau jos sprendinys, jog šiomis aplinkybėmis nebūtų nepagrįsta sustabdyti jėgainės statybą, gali nederėti su kitomis nuomonėmis, kurias Hermis pagrįstai gali jai priskirti. Galbūt jos balsavimai kitomis progomis suponuoja visai kitokią nuomonę apie reliatyvią gamtosaugos ir viešųjų išlaidų svarbą. Gal ji balsavo prieš daug mažiau kainuojančias gamtosaugos priemones ir už biudžeto išlaidų svarbioms viešosioms reikmėms mažinimą, kuris sutaupė daug mažiau pinigų, negu jų būtų veltui išeikvota sustabdžius užtvankos statybas. Hermis tada manys, jog jos specifinė nuomonė dėl nykstančios žuvų rūšies nedera su jos įsitikinimais bendriau imant, jis ir šįkart manys, jog taikydama šiuos bendrus įsitikinimus šiam konkrečiam atvejui ji padarė klaidą, tačiau jos klaida dabar yra kitokio pobūdžio.

Ir vėl galima būtų paprieštarauti ir teigti, jog jos nuomonės nekonfliktuoja, nes, nors ji ir yra įsitikinusi, kad projektai neturėtų būti stabdomi tuo atveju, kai tai daryti būtų nepagrįsta, ji nemano, jog būtų nepagrįsta sustabdyti šią Tenesio užtvanką. Tačiau ir šiuo atveju šis prieštaravimas nė kiek ne geresnis nei prieš akimirką. Jis remiasi neteisingu požiūriu į Smith abstraktaus įsitikinimo turinį. Ji

nemano, jog sekretorius neturėtų turėti galios priimti sprendimus, kuriuos ji mano esant nepagrįstus, – tai būtų išties nepaprasta nuomonė, – o mano, kad jis neturėtų turėti galios daryti sprendimus, kurie *iš tikrųjų* yra nepagrįsti. Joks kitoks jos įsitikinimo perskaitymas nedaro jo prasmingo kaip įsitikinimo, ir šiam argumentui nerūpi tai, jog įsitikinimas yra išreikštas „sprendinio" *(judgmental)* kalba, apeliuojančia į pagrįstumą, o ne „faktų" *(factual)* kalba, nurodančia tikrus naujosios užtvankos statybų padarinius. Hermis vis viena turi klausti, ar šis specifinis įsitikinimas dėl nykstančios žuvų rūšies dera su jos abstraktesniais įsitikinimais apie pagrįstumą apskritai, o jeigu ne – kuriam iš šių įsitikinimų jis turi suteikti galią.

Heraklio link

Jeigu jis tai traktuoja kaip interpretacinę problemą, mėgindamas jai prisikirti tokias nuomones dėl reliatyvios biologinių rūšių svarbos bei kitų tikslų, kurios daro prasmingą jos politinį elgesį kaip visumą, jis greičiausiai nuspręs, jog jos nuomonė apie nykstančią žuvį, įžvelgiant didesnio jos bendresnių nuomonių komplekso kontekste – yra klaida. Tuomet jis manys, jog jos įsitikinimus kaip visumą jis labiau gerbia ignoruodamas jos konkrečią pavienę nuomonę apie tą žuvį ir palaikydamas užtvankos atidarymą. Kokį pagrindą jis galėtų pasitelkti priešingam sprendimui pagrįsti – jog jos įsitikinimų atžvilgiu pagarbiau yra paisyti tos konkrečios pavienės nuomonės? (Atsiminkite, jog šios konkrečios nuomonės ji niekuomet neišreiškė jokiu oficialiu būdu; kad ji jos laikosi, Hermis tiesiog žino – tuo pat būdu, kuriuo jis žinojo, kad ji laikosi kitų bendresnių įsitikinimų, kuriuos jis mano nederant su šia nuomone.) Kas nors galėtų pasakyti: kai teisėjai ir teisės leidėjai nesutaria, – *kad ir kokiu* klausimu, – legislatyvinės viršenybės principas reikalauja, kad teisės leidėjo nuomonė būtų viršesnė. Smith ir Hermis išties dėl kai ko nesutaria, būtent – ar jos nuomonė dėl nykstančios žuvų rūšies dera su jos bendresnėmis nuomonėmis dėl pagrįsto valdymo. Ji nemano, jog jos nedera. Taigi jeigu jis ignoruoja jos specifišką nuomonę dėl tos žuvies, tai jos nuo-

monę dėl nuoseklumo jis pakeičia savo paties nuomone, o šito teisėjai kaip tik ir neturėtų daryti.

Tačiau šis prieštaravimas pakartoja riktą, kurį jau esame pažymėję keletą kartų. Teisėjas, plėtodamas ir taikydamas teoriją, aiškinančią, kaip skaityti įstatymą, galiausiai turi kliautis savo paties nuomonėmis. Jis negali, neįkliūdamas į ydingą ratą, jokios to uždavinio dalies perleisti legislatūrai, kurios teisės aktams suprasti jis naudos savo teoriją. Savo argumentacijoje Hermis pasiekė tašką, kai turi nuspręsti, kokiomis aplinkybėmis įvairūs teisės leidėjo įsitikinimai turėtų būti suprantami kaip konfliktuoją ir, kai jie konfliktuoja, kokiems įsitikinimams jis turėtų teikti pirmenybę. Šito klausimo jis negali perleisti teisės leidėjams, kurių tie įsitikinimai yra. Mat jo klausimas yra tas, ar jų nuomonės konfliktuoja, o ne tas, ar jie mano, jog jos konfliktuoja, ir tai yra klausimas, į kurį jis privalo sau atsakyti. Aišku, jis žino, jog jo nuomonė dėl to, kurie iš Smith įsitikinimų nedera su kitais, pati yra kontroversiška, jog skirtingi teisėjai skirtingai spręstų tą klausimą. Tačiau tai neišvengiama, ir čia to nereikia vengti, lygiai kaip to nereikia vengti sprendžiant kitus klausimus, kuriuos jau pažymėjome, pavyzdžiui, dėl to, ką reikia laikyti teisės leidėju. Jo paties politiniai įsitikinimai, kuriuos aktyvuoja šie įvairūs klausimai, yra vieninteliai, kuriuos jis turi.

Taigi Hermis neturi jokios kitos išeities – tik studijuoti Smith įsitikinimus bendresniu ir interpretaciniu būdu, stebint, kaip ji balsuoja kitomis progomis ir ką ji sako apie dalykus, kurie atrodo labai tolimi nuo biologinių rūšių saugos, – kad suprastų, koks sprendimas nykstančios žuvų rūšies byloje geriausiai paiso jos įsitikinimų kaip komplekso ar sistemos. Galiausiai jis gali nuspręsti nepaisyti jam žinomos jos konkrečios specifiškos nuomonės apie tą žuvį. Žinoma, faktinę medžiagą, kurios jam reikia šiam interpretaciniam projektui, teiks daugiausiai jos balsavimai ir pareiškimai, jos legislatyvinė biografija ar istorija, apimanti visą jos karjerą, arba, jeigu atrodo, kad jos nuomonės patyrė permainą, – jos pastarojo meto karjeros faktai. Jis klaus, kokia įsitikinimų sistema teikia apskritai imant geriausią pateisinimą to, ką ji padarė eidama savo pareigas. Dabar atkreipkime

dėmesį į tai, kokių pasekmių šitai turi jo sprendimui dėl problemos, su kuria jis susidūrė anksčiau: pavienių teisės leidėjų „intencijų“, imant skyrium, kombinavimo į bendrą ar institucinę pačios legislatūros intenciją problemos.

Mes jam „išsprendėme“ tą problemą, pasitelkę neįmanomą prielaidą: jog ta problema nekyla, nes visi teisės leidėjai, balsavę už aktą, turėjo visiškai vienodas „intencijas“. Jeigu šią prielaidą pasitelktume ir kombinacijos problemai spręsti, ją reikėtų peržiūrėti, kad atsižvelgtume į naujas Hermio išvadas. Dabar turėtume tarti ne tiesiog tai, jog kiekvienas teisės leidėjas turėjo tas pačias konkrečias nuomones dėl minėtos žuvų rūšies likimo, bet kad kiekvienas turėjo tokią pačią bendresnę politinių ir moralinių įsitikinimų sistemą, kurią turėtų liudyti tai, jog buvo panašiai balsuojama daugeliu legislatyvinių klausimų, – o tai yra absurdiška. Taigi, regis, vėl iškyla kombinavimo problema, ir Hermis galėtų skirti akimirką štai kokiam naujam atsakymui į ją apsvarstyti. Jis turi atskirai išstudijuoti kiekvieno teisės leidėjo politinę veiklą liudijančią medžiagą, kad nustatytų, kokia pažiūra dėl sekretoriaus galios sustabdyti jėgainę kyla iš to teisės leidėjo bendros įsitikinimų sistemos, kai konfliktai jau identifikuoti ir išspręsti. Tada jis turi pasirinkti kokį nors šių atskirų požiūrių konsolidavimo į visa apimantį pačios legislatūros požiūrį metodą. Tačiau jis ūmai susizgrimba, jog jis galėtų pasitelkti kitokią strategiją, kuri užtikrina tiesesnį ir kur kas realesnį kelią į tą patį tikslą. Savo interpretacinę vaizduotę jis gali lavinti ne studijuodamas pavienių teisės kūrėjų, imant atskirai, darbus liudijančią medžiagą, o pačios legislatūros gyveninmo aprašymą, klausdamas, kokia koherentiška politinių įsitikinimų sistema geriausiai pateisintų tai, ką padarė *legislatūra.*

Kol Hermis buvo kaustomas vienokios ar kitokios mentalinės būklės sąvoka pagrįstos į kalbėtojo intenciją apeliuojančios legislatyvinio sumanymo teorijos versijos, atrodė, jog pirmine laikyti pačios legislatūros „intenciją“ yra metafizinė klaida. Kol mes manome, jog legislatyvinė intencija yra to, ką asmuo turi galvoje ir nori komunikuoti balsuodamas, dalykas, turime pirminėmis laikyti konkrečių žmonių mentalines būkles, nes institucijos neturi proto, o to-

kiu atveju mums turi rūpėti, kaip individualias intencijas konsoliduoti į kolektyvinę fikcinę grupinę intenciją. Tačiau Hermis metė mentalinių būklių paieškas, kai nusprendė, jog jam rūpinti teisės leidėjo intencija yra šio visa apimančių įsitikinimų dalykas, įsitikinimų, organizuojamų konstruktyvios interpretacijos, o ne jo konkrečių proginių vilčių ar lūkesčių, ar diskrečių nuomonių dalykas. Konstruktyvioji interpretacija gali būti nukreipta į instituciją ir praktikų gyvenimo faktus, lygiai kaip į individų veiklos faktus, ir Hermis neturi jokio pagrindo, verčiančio įsitikinimų nepriskirti tiesiogiai pačiai legislatūrai.

Taigi Hermis gali palyginti dvi strategijas. Legislatyvinę „intenciją" jis gali sukonstruoti dviem žingsniais – interpretuodamas individualių teisės leidėjų veiklos medžiagą, kad nustatytų įsitikinimus, kurie pateisintų tai, ką kiekvienas iš jų padarė, o tada šiuos individualius įsitikinimus kombinuodamas į visa apimantį insititucinį įsitikinimą. Arba gali tai padaryti vienu žingsniu – interpretuodamas pačios legislatūros veiklos medžiagą, kad nustatytų įsitikinimus, kurie pateisintų tai, ką ji padarė. Jis pasirinks antrąją iš šių strategijų štai dėl kokios priežasties. Jeigu jis pasirenka pirmąją, jam reikia formulės individualiems įsitikinimams kombinuoti į grupinę intenciją, o ta formulė turi gerbti jo motyvus, reikalaujančius paisyti bendros teisės leidėjo įsitikinimų struktūros, o ne teisės leidėjo vilčių ar lūkesčių, ar konkrečių nuomonių, visiškai tiesiogiai susijusių su svarstomu dalyku. Jo motyvai yra integralumo motyvai; jis žiūri bendrų įsitikinimų, nes teisėkūrą principo bendruomenėje dera, kiek tai įmanoma, suvokti kaip išreiškiančią koherentišką principo schemą. Taigi formulė, kurios jam reikia pirmajai strategijai, yra ši: individualius įsitikinimus jis turi kombinuoti tuo būdu, kuris užtikrins patį įtikimiausią įsitikinimų kompleksą, galimą priskirti legislatūrai kaip visumai, veikiančiai kaip principo bendruomenės tarnautoja. Tačiau tai reiškia, jog pirmoji (neįtikima ir neįgyvendinama) strategija sužlugtų, jeigu ji dėl vienų ar kitų priežasčių nepasiektų to paties rezultato, kurį antroji pasiekia tiesiai. Kombinavimo problema, kuri atrodė tokia gąsdinanti, dabar tampa netikra problema; Hermiui nereikalinga jokia

individualių teisės leidėjų įsitikinimų kombinacinė funkcija, nes jis nuo pat pradžių interpretuoja insititucijos veiklos medžiagą, o ne pavienių teisės leidėjų veiklą liudijančią medžiagą. Teisminėje retorikoje puoselėjama doktrina, – jog įstatymai turi būti įgyvendinami paisant juos motyvavusių intencijų – dabar atsiskleidžia savo tikrosiomis spalvomis. Tai ne kas kita kaip teisėjavimo integralumo principas, kurį mes gynėme 6-ame skyriuje, pateiktas kaip *motto* teisėjams, skaitantiems įstatymus. Galime palikti Hermį. Jo naująjį metodą reikia kruopščiai išplėtoti, tačiau tai turės padaryti ne jis, nes jis virto Heraklio antrininku.

HERAKLIO METODAS

Metodas, kurį Heraklį sakiau naudojant skaityti įstatymams, iš pirmo žvilgsnio atrodė skiriąs per mažai dėmesio faktinėms nuomonėms ir norams tų, kurie juos paskelbė teise. Todėl mes svarstėme ortodoksiškesnę legislatyvinės intencijos sampratos versiją, kurią pavadinau kalbėtojo intencijos teorija. Tačiau ji mus etapiškai grąžino prie Heraklio idėjos, jog įstatymai turi būti skaitomi tuo būdu, kurį suponuoja geriausia legislatyvinio proceso kaip visumos interpretacija. Turime pažiūrėti, ką šitai reiškia praktiškai. Apie tai jau turime tam tikrą nuovoką, nes žinome, kaip Heraklis interpretuoja bendrosios teisės precedentus. Tačiau įstatymai skiriasi nuo precedentinių teisminių sprendimų, ir mes turime pasiaiškinti, kokia yra Heraklio taktika, kai jam pateikiamas įstatymas, o ne teisės ataskaitų kompleksas. Ką jis darytų, susidūręs su nykstančios žuvų rūšies byla?

Aš tariu, jog jis turi savo nuomonę visais klausimus, susijusiais su kontroversija dėl tos žuvų rūšies. Jis turi pažiūras gamtosaugos apskritai klausimu, dėl viešosios galios, dėl išmintingiausio būdo plėtoti Apalačių rajoną, dėl biologinių rūšių saugos – žodžiu, požiūrį, ar, atsižvelgiant į viską, būtų geriausia Tenesio užtvankos statybas sustabdyti. Tarkime, jog jis nori, kad užtvanka būtų sustabdyta, ne dėl to, kad jam rūpi nykstančios žuvų rūšies likimas, ir netgi ne dėl to, kad jam rūpi biologinių rūšių išsaugojimas, bet dėl estetinių prie-

žasčių – dėl to, kad jis nori, jog išliktų esamos vandens vagos, kurias užtvanka pakeistų. (Kai kurie iš spaudusiųjų sekretorių paskelbti tą konkrečią žuvų rūšį rūšimi, kuriai iškilo išnykimo pavojus, be abejonės, turėjo šitokį motyvą.) Ar jo metodas leistų jam sakyti, jog kadangi bendruomenei iš tiesų būtų geriausiai pasitarnauta sustabdant užtvankos statybas, aktą dera suprasti kaip numatantį tokią sekretoriaus galią? Argi toks sprendimas nėra geriausia iš įmanomų (bent jau jo nuomone) to akto interpretacijų, pateikianti jį kaip valstybės interesus ginantį teisės aktą?

Ne. Mat Heraklis mėgina pasiekti ne jo nuomone geriausią substantyvų rezultatą, o rasti geriausią, kokį gali, praeities legislatyvinio įvykio pateisinimą. Jis mėgina palankiausioje šviesoje apibendrintai parodyti socialinės istorijos dalyką – demokratiškai išrinktos legislatūros, priimančios tam tikrą tekstą tam tikromis aplinkybėmis, istoriją, – o tai reiškia, kad jo paaiškinimas privalo pateisinti tą istoriją kaip visumą, o ne tik jos pabaigą. Kitaip tariant, jo interpretacija turi būti jautri ne tik jo įsitikinimams dėl teisiškumo ir išmintingos gamtosaugos politikos – nors šiems tenka svarbus vaidmuo, – bet ir jo įsitikinimams dėl politinio integralumo ir teisingumo bei deramo procedūrinio proceso idealų, kaip jie demokratinėje visuomenėje galioja būtent teisėkūrai.

Tekstinis integralumas

Heraklio požiūriu, integralumas ir teisingumas įvairiais būdais varžys teisiškumą ir išmintį. Integralumas iš jo reikalauja kiekvienam įstatymui, kurį jis prašomas įgyvendinti, sukonstruoti kokį nors pateisinimą, kuris dera su to įstatymo visuma ir, jei tai įmanoma, – su kitais galiojančiais teisiniais aktais.[7] Tai reiškia, jog jis turi savęs paklausti, kokia kokių principų ir politinių nuostatų kombinacija teikia geriausius argumentus už tai, ko aiškiai reikalauja aiškūs įstatymo žodžiai, ir kaip paskirstyti reliatyvų svarumą, kai tie principai ir nuostatos konkuruoja. Kadangi Heraklis dabar teisina įstatymą, o ne tradicinės teisės precedentų kompleksą, tas varžtas, kurį identifi-

kavome 7-ame skyriuje, nebegalioja: jis turi svarstyti taip pat ir politine nuostata grindžiamus pateisinimus, ne vien paremtuosius principu, o kai kuriais atvejais problemiška galėtų būti būtent tai, kuri pateisinimo forma būtų labiau derama. (Įstatymą, skiriantį subsidijas kontracepcijai, galėtų pateisinti pagarba toms numanomoms teisėms, kurios pažeidžiamos, kai kontracepcinės priemonės yra neprieinamos, o tai – principo dalykas, arba rūpestis, kad pernelyg greitai neaugtų gyventojų skaičius, o tai – politinės nuostatos dalykas, arba abejopu pagrindu.) Tačiau politine nuostata grindžiamas pateisinimas, kurį, kaip ką tik įsivaizdavome, teiktų Heraklis – jog įstatymo paskirtis yra saugoti kaimo vietoves nuo bjaurojančios ar darkančios plėtros – visiškai nedera su tekstu. Juk absurdiška tarti, jog valstybės veikėjas, trokštantis užtikrinti tą politinę strategiją, pasirinktų tokį nuo atsitiktinių aplinkybių priklausomą, netgi iracionalų metodą – drausti tik (ir visus) tuos projektus, kurie stato į pavojų biologines rūšis, nepriklausomai nuo to, ar jie buvo, ar nebuvo kitais atžvilgiais trikdantys ar naudingi kaimo aplinkai.

Taigi bet koks kompetentingas Nykstančių biologinių rūšių akto pateisinimas turi apeliuoti į politinę nykstančių rūšių saugojimo nuostatą. Jokia interpretacija, kuri atsiribotų nuo tos politinės nuostatos arba teiktų jai mažareikšmės rangą, negalėtų net pradėti to akto provizijų pateisinimo, ką jau kalbėti apie jo pavadinimą.[8] Tarkime, jog Heraklis su tuo sutinka, ir vis dėlto mano, jog jokia rezoniška politinė biologinių rūšių apsaugos strategija šiuo konkrečiu atveju nereikalautų sustabdyti beveik baigtą užtvanką. Jam nebus sunku aprašyti konkuruojančią politinę nuostatą, kuri pateisintų tą patikslinimą: politinę nuostatą, reikalaujančią, kad viešosios lėšos nebūtų eikvojamos veltui. Tačiau lieka klausimas, ar tai konkuruojančiai politinei nuostatai jis gali priskirti pakankamą svorį, neperžengdamas įstatymo teksto dimensijų, kad galėtų tą patikslinimą įtraukti į savo visa apimantį pateisinimą; šitai savo ruožtu priklausys nuo to, kokį svorį jis turi teikti pagrindinei – biologinių rūšių apsaugos politinei nuostatai, kad pateisintų likusią įstatymo dalį. (Ši politinės nuostatos ir svorio savitarpio priklausomybė dau-

geliu atžvilgiu paaiškina Aukščiausiojo teismo argumentaciją nykstančios žuvų rūšies byloje.) Jeigu tekstas numato kitas išimtis ar patikslinimus sekretoriaus galios atžvilgiu, net jeigu tos išimtys ar patikslinimai niekaip nesusiję su jo galia sustabdyti pradėtus projektus, tai sugestijuos mažesnį pagrindinės politinės nuostatos svarbos lygį, taigi sustiprins patikslinimo, kalbančio apie lėšų eikvojimą, pozicijas. Jeigu, priešingai, įstatymas pabrėžia pagrindinės politinės nuostatos svarbą, aiškiai pripažindamas aukas kitų svarbių politinių nuostatų ar net principų apimamose srityse siekiant gerinti pagrindinės politinės strategijos sąlygas – pavyzdžiui, jeigu kuris kitas akto skyrius skelbia, jog sekretorius, priimdamas gamtos apsaugos potvarkius, neturi svarstyti padarinių nedarbo atžvilgiu, – tai šitai būtų argumentas už tai, kad jokiai patikslinančiai politinei nuostatai, kurios pakanka padaryti išimtį Tenesio projektui, negali būti vietos visa apimančioje interpretacijoje.

Teisingumas

Mes dar grįšime prie integralumo varžtų. Tačiau dabar trumpai sustosime prie teisingumo. Tarkime, jog Heraklis yra atsidėjęs biologinių rūšių saugos reikalui: jis mano, jog net vienos rūšies neišsaugojimas yra neišmatuojamas blogis. Jis mano, jog daug geriau sustabdyti užtvankos statybas nei prarasti nykstančią žuvų rūšį; jis tikrai norėtų, kad jau egzistuojančios stambios užtvankos būtų išardytos, jeigu tai padėtų išsaugoti tą žuvų rūšį. Tarkime, jog jį tenkina tai, jog niekas Nykstančių biologinių rūšių akte neprieštarauja jo požiūriui į biologinių rūšių apsaugos svarbą. Sekretoriaus galia nėra eksplicitiškai patikslinama kokiu nors būdu, kuris sugestijuotų kokias nors pagrindinį – gamtos apsaugos – reikalavimą švelninančias aplinkybes. Tai nereiškia, jog Heraklis manys, kad geriausia įstatymo interpretacija – t. y. interpretacija, kuri valdymo istoriją daro geriausią, kokia ji gali būti, – yra ta, kuri yra palanki nykstančiai žuvų rūšiai. Jis žino, – nes yra sau atviras, – jog jo paties pažiūros yra ekscentriškos. Beveik neįmanoma rasti jo bendraminčių. Tad jis turi savęs paklausti, ar yra

geriau, kai teisės leidėjai pasiekia teisingą rezultatą, net kai jų rinkėjai tą rezultatą mano esant išties blogą.

Aišku, jis žino, jog rinkėjų balsai gali pašalinti teisės leidėją iš jo posto, pasibaigus kadencijai, jeigu rinkėjai nepritaria tam, ką jis darė. Tačiau tai ne argumentas: proga atsiteisti negali pateisinti nedorybės. Taip pat nykstančios žuvų rūšies likimas, kad ir koks svarbus atrodytų Herakliui, neimplikuoja jokio principo klausimo, teisių, kurias, manytina, konkretūs piliečiai turi kitų atžvilgiu arba bendruomenės kaip visumos atžvilgiu. Tai klausimas, kokia dalykų padėtis yra geriausia kiekvienam: Heraklis yra įsitikinęs, kad kiekvieno gyvenimas sumenksta, kai biologinė rūšis žūsta, tačiau nemano, kad rūšių išnykimo sankcionavimas kai kuriuos žmones neteisingai privilegijuoja kitų sąskaita. Taigi biologinių rūšių sauga yra paradigma tos rūšies sprendimo, kuris turi vadovautis žmonių valia, tokio sprendimo, kurio savo rinkėjams neturėtų primesti net teisės leidėjai, pripažįstantys Burke'o legislatyvinės atsakomybės modelį, kai rinkėjai yra vieningi savo priešinga nuomone. Jeigu Heraklis su tuo sutinka, jis padarys išvadą, jog teisėkūros pasakojimas, kuris taria, jog Kongresas sau leido nepateisinamą paternalizmą, būtų blogesnis negu pasakojimas, anot kurio, jis gerbė žmonių pasirinkimą, nors Heraklis ir mano, kad tai yra prastas pasirinkimas.

Taigi šiomis aplinkybėmis Heraklio įsitikinimai dėl teisingumo yra svarbi kliūtis tarp jo preferencijų – net tų, kurios dera su įstatymo kalba, – ir jo sprendinio, kuri interpretacija yra geriausia, į viską atsižvelgiant. Kadangi jo sprendinys šioje situacijoje yra jautrus bendrai viešajai opinijai, jis taip pat yra jautrus – dėl kelių skirtingų priežasčių – aiškiai išreikštiems konkretiems įvairių teisės kūrėjų, kurie kalbėjo debatuose, rašė komiteto ataskaitas ir t. t., įsitikinimams. Šie pareiškimai paprastai yra gera medžiaga, liudijanti visai bendruomenei būdingą viešąją opiniją. Politikai labai dažnai yra tipiški juos išrinkusių žmonių atstovai – bent jau savo įsitikinimais; dar svarbiau tai, jog jiems būdinga tai, kad jie yra įgudę vertinti savo rinkėjų įsitikinimus ir daryti tokius viešus pareiškimus, kurie tuos įstikinimus atspindėtų. Jeigu debatai dėl Nykstančių biologinių rūšių akto išreiš-

kė tam tikrą plačiai paplitusį ir nenuginčytą įsitikinimą apie reliatyvią negausių biologinių rūšių apsaugos svarbą, tai būtų stiprus bendro viešojo nusiteikimo šia linkme paliudijimas.

LEGISLATYVINĖ ISTORIJA

Kaip sakiau, Heraklis, gerbia tekstinį integralumą, taigi jis nemanys, jog įstatymą padarys geriausią, koks jis gali būti, tiesiog į jį projektuodamas savo paties įsitikinimus; jis gerbia politinį teisingumą, taigi jis nesąlygiškai neignoruos viešuomenės opinijos, kokia ji atsiskleidžia ir išreiškiama legislatyviniuose pareiškimuose. Argumentas apeliuojant į teisingumą įgalina mus nueiti nemažą kelio dalį aiškinantis, kodėl Heraklis kreips nemažai dėmesio į konkrečius įsitikinimus, kuriuos išreiškia teisės kūrėjai. Mes vėl atsigręšime į integralumą, kad apsvarstytume kitokį ir dar stipresnį pagrindą tokiai praktikai pagrįsti, pažymėdami tai, jog jis nevienodai traktuoja tokius įsitikinimų pareiškimus.

Amerikiečių teisinė praktika kai kuriuos legislatyvinio tikslo pareiškimus dabar traktuoja kaip itin svarbius sprendžiant, kaip derėtų skaityti įstatymą. Šie pareiškimai apima tuos pareiškimus, kuriuos senatoriai ar kongresmenai, rėmę įstatymą ar koordinavę jo svarstymo ir priėmimo eigą, padarė jo svarstymų metu, taip pat pareiškimus, įeinančius į formalias specialių Kongreso komitetų, kuriuose įstatymo projektas diskutuotas, ataskaitas. Amerikos teismai skiria tikrai nemažai dėmesio šiems ypatingai privilegijuojamiems pareiškimams, o Amerikos teisės kūrėjams kainuoja nemažai vargo užtikrinti, jog pareiškimai, kuriems jie pritaria, būtų įtraukti į tos rūšies dokumentaciją. Legislatyvinė istorija dominavo nykstančios žuvų rūšies bylos diskusijoje Aukščiausiajame teisme, kaip mes matėme 1-ame skyriuje, nors teisėjai nesutarė dėl to, kurios tos istorijos dalys yra tuo konkrečiu atveju svarbios.

Kodėl kai kurie Kongreso lygio pareiškimai, tie, kurie laikomi centrinėmis legislatyvinės istorijos dalimis, yra svarbesni už kitus? Jeigu mes žiūrime tik teisingumo, manysime juos esant svarbesnius

dėl to, kad jie yra itin geras viešosios opinijos paliudijimas. Pareiškimai, kuriuos įstatymo rėmėjai padaro svarstymų metu arba komiteto ataskaitose, paprastai yra rūpestingai apsvarstyti. Kiti teisės kūrėjai jų klausosi ar juos skaito su nekasdiene atida. Tačiau svarbos, kurią dauguma teisėjų priskiria legislatyvinei istorijai, negalima visiškai paaiškinti šiuo būdu. Juk įstatymo rėmėjos kalba pustuštėje salėje yra legislatyvinės istorijos branduolio dalis, o štai jos pastabos nacionaliniu mastu per televiziją rodomoje kalboje, pastabos, kurios yra geresnis paliudijimas to, kaip galvoti apie įstatymą raginama viešuomenė, visiškai nėra legislatyvinės istorijos dalis. Pagrindinio paaiškinimo reikia ieškoti kitur. Heraklis supras – dėl priežasčių, kurias aš mėginsiu aprašyti, – jog oficialūs tikslo pareiškimai, padaryti kanonine forma, įtvirtinta legislatyvinės istorijos praktikos, patys turi būti traktuojami kaip personifikuotosios valstybės aktai. Jie patys yra politiniai sprendimai, tad vyriausiasis – integralumo – imperatyvas, anot kurio valstybė turi veikti principu pagrįstu būdu, apima ir juos, lygiai kaip įstatymuose įkūnytus diskretiškesnius sprendimus. Heraklis siekia legislatyvinį pasakojimą kaip visumą padaryti geriausią, koks jis gali būti; tą pasakojimą jis padarytų blogesnį, jeigu jo interpetacija valstybę parodytų sakant viena, o darant kita.

Pažadai ir tikslai

Žinoma, būtų absurdiška kiekvieną bet kurio teisės leidėjo pareiškimą apie įstatymo tikslą patį laikyti valstybės aktu; jeigu du senatoriai ginčijasi dėl to, ką valstybė daro ar turėtų daryti, išleisdama tą įstatymą, jie diskutuoja dėl valstybės akto, o ne patys veikia už ją. Tačiau formali komiteto ataskaita arba nekvestionuotas įstatymo projektą koordinavusiojo nario pareiškimas yra kitas dalykas; šie pareiškimai gali būti suprantami kaip dalis to, ką legislatyvinis procesas faktiškai produkavo, kaip tai, kam bendruomenė kaip visuma pačiais tais pareiškimais yra įpareigojama.[9] Kitaip tariant, jie gali būti suprantami šiuo būdu, jeigu praktika juos įvardija kaip ypatingus, o amerikiečių praktika tai daro. Kad suprastų šią praktiką ir ją taikytų, kai jos ga-

liojimas yra ginčijamas kaip kad nykstančios žuvų rūšies byloje, Heraklis turi ją interpretuoti: jis turi rasti kokį nors tos praktikos paaiškinimą, kuris ją atitinka ir pateisina. Ar įmanomi kokie nors politinės moralės argumentai, pagrindžiantys reikalavimą tam tikras formalias paskirties ir intencijos deklaracijas laikyti pačios valstybės aktais? Iš pradžių turėtume suformuluoti patį akivaizdžiausią argumentą prieš tai. Ir šiaip esama legislatyvinio proceso priemonių, įgalinančių tokius pareiškimus paversti formalaus valstybės sprendimo dalimi, kai šitai pageidautina: jie gali būti įtraukti į paties įstatymo tekstą. Britų teisininkai turi tokį su britų praktika derantį argumentą, kurio reikalavimu įstatymų interpretacija neturėtų vadovautis pareiškimais, padarytais Parlamente. Tai svarbus argumentas – ne dėl to, kad jis byloja prieš amerikiečių praktiką, kuri yra kitokia, bet todėl, kad rodo, jog pastaroji yra pateisinama tik jeigu ji numato kokį nors ypatingą vaidmenį legislatyvinei istorijai, kokį nors tarpinį statusą tarp neformalių teisės kūrėjų pastabų, padarytų taktiniais sumetimais debatų įkarštyje, ir formalaus paties įstatymo teksto.

Tokį tarpinį statusą nesunku identifikuoti, nes mes galime pasitelkti asmeninės moralės pavyzdį, gerai tinkamą šiam tikslui. Mes skiriame asmens pažadus ir kitus įsipareigojimus nuo paaiškinimų arba interpretacijų, kurias jis pats teikia juos aiškindamas, nuo jo paaiškinimo, kaip šie dera su jo bendresniais įsitikinimais ir tikslais ir kyla iš jų; ir viena, ir kita mes traktuojame kaip tai, kas turi moralinę reikšmę, tačiau paaiškinimus laikome daugiau tarpiniu dalyku, labiau atviru peržiūrai ir kaitai. Tarkime, jog savo sūnėnui duodu 100 dolerių ir paaiškinu, kad aš didžiuojuosi, jog jis pasirinko karininko karjerą ir noriu jam padėti siekti tos karjeros. Tuomet jis gali tikėtis, kad aš jam ir kitais būdais padėsiu siekti tos karjeros; jis nustebs, kai aš vėliau pasakysiu dabar manąs, kad jo pasirinktoji profesija yra bjauri ir kad aš jai priešinsiuosi visais man prieinamais būdais, pavyzdžiui, atsisakydamas jį pristatyti savo draugams karininkams. Arba tarkime, jog aš įsteigiu naują gamyklą ir pažadu bendruomenei, kad įrengsiu ir prižiūrėsiu visas „būtinas" priemones, reikalingas užtikrinti, kad mano gamykla neprisidės prie aplin-

kos taršos. Televizijos interviu esu paklausiamas, ar tam tikrą priemonę manau esant būtiną, ir sakau, kad, mano nuomone, taip. Tačiau vėliau nusprendžiu neįrengti tos priemonės: sakau, jog papildoma informacija įtikino mane pakeisti savo ankstesnę nuomonę ir dabar aš manau, kad ji nėra būtina, nes tokią pat gerą apsaugą gali užtikrinti kitokios ir daug pigesnės priemonės. Kiekvienu atveju mano ankstesnis aiškinamasis pareiškimas yra mano moralinės dosjė faktas, tai, už ką aš turiu prisiimti atsakomybę, nes tą pareiškimą padariau žinodamas, jog kiti greičiausiai pasikliaus juo, ir skatindamas juos tai daryti. Pasakojimas būtų buvęs moraliniu požiūriu geresnis, jeigu aš jau tada būčiau priėjęs savo vėlesnes nuomones ir išreiškęs jas pačioje pradžioje. Mane saisto prievolė pasiteisinti prieš savo sūnėną ir bendruomenę. Tačiau ši situacija vis dėlto skiriasi nuo tos, kokia būtų buvusi, jeigu aš būčiau savo sūnėnui aiškiai pažadėjęs tokią pagalbą jam siekiant karjeros, kokios jis paprašė vėliau, arba būčiau pažadėjęs įrengti tam tikrą priemonę, kurią iš pradžių maniau esant būtiną. Tuomet nebūčiau galėjęs taip laisvai keisti savo nuomonę.

Šį skirtumą galime paaiškinti štai kaip. Pažadas paprastai yra performatyvinio pobūdžio aktas, taigi turi savo autonomišką būtį.[10] Tai tikslų, nuomonių ar įsitikinimų raiška *(expresses)*, o ne jų referavimas *(does not report)*. Jis gali būti nenuoširdus dėl to, kad žadantysis iš tikrųjų neketina jo tesėti, tačiau jis nėra netikslus – net ta prasme, kuria gali būti netiksli saviprata. Tuo tarpu intencijos pareiškimas paprastai yra referavimas *(report)*, o ne performatyvas *(performance)*, ir jis gali būti arba nesąžiningas, arba netikslus – panašiai, kaip kiti autoreferentiški pareiškimai *(self-reports)*. Jeigu interpretacinis intencijos pareiškimas turėtų tokią pačią performatyvinę galią kaip pažadas, jis negalėtų būti naudojamas taip, kaip jis yra naudojamas – kontekstualizuoti pažadą esamų įsitikinimų ir tikslų kontekste ir taip padėti kitiems žmonėms įvertinti žadantįjį bei prognozuoti, ką jis, tikėtina, dar padarys. Redukuoti pareiškimą į pažadą reikštų eliminuoti ataskaitą *(report)* ir tik padidinti performatyvinį aktą. Tuomet kiltų naujas klausimas – kokie dar bendri tikslai ir įsitikinimai remtų

tą išplėstąjį pažadą, o į šitą klausimą būtų neįmanoma atsakyti, nes bet kokį tolesnį teiginį būtų galima tuo pačiu būdu redukuoti į juodąją paties pažado skylę.

Tikslai ir principas

Pagal šį asmeninės moralės aspektą galime konstruoti politinį legislatyvinės istorijos vaidmenį. Principo bendruomenė teisėkūrą supranta ne taip kaip kodekso bendruomenė, kuriai teisėkūra – tai išsiderėti kompromisai, neturintys daugiau ar gilesnės prasmės, nei skelbia įstatymo tekstas; principo bendruomenė teisėkūrą traktuoja kaip kylančią iš dabartinio bendruomenės įsipareigojimo pamatinei politinės moralės schemai. Legislatyvinės istorijos praktika – formalios bendro insititucinio tikslo ir įsitikinimų deklaracijos, daromos pačios valstybės vardu, – išreiškia ir patvirtina tą laikyseną. Ši praktika sykiu gina principo bendruomenės praktinių pranašumų užtikrinimo praktiką: jis skatina piliečius kliautis tam tikru viešosios schemos aiškinimu, kai jie ją plėtoja ir įgyvendina patys. Tačiau šie pranašumai priklauso būtent nuo tos rūšies moralinės distancijos tarp eksplicitiškų įstatymo sprendimų ir aiškinamosios sistemos legislatyvinės istorijos, kurią aptikome asmeninėje moralėje. Jie priklauso nuo to, ar įvairius oficialius pareiškimus, sudarančius aiškinamąją sistemą, traktuojame kaip turinčius daugiausia referuojamąją *(reporting)*, o ne performatyvinę funkciją. Legislatyvinė istorija teikia sinchroniška įstatymo, kurio kontekstą sudaro, interpretaciją – interpretaciją, kurią vėliau gali peržiūrėti teismai ar pati legislatūra, net jeigu bet kokia svarbi peržiūra legislatyvinę istoriją padarys – atgaline data – apgailestavimo dalyku.

Principo bendruomenei geriausiai tarnauja tokia sudėtinga teisėkūros struktūra, struktūra, apimanti perskyrą tarp performatyvinių legislatyvinių aktų ir interpretacinių šių aktų išaiškinimų. Taigi Heraklis turi tiek pagrindą legislatyvinę istoriją sudarančius formaliuosius pareiškimus laikyti valstybės aktais, tiek ir netraktuoti jų kaip paties įstatymo dalies. Jis turi į juos atsižvelgti spręsdamas, kuris le-

gislatyvinio įvykio pasakojimas *(story)* visa apimančiu požiūriu yra geriausias, tačiau privalo tai daryti deramu būdu. Jis pripažįsta, jog teisėkūra yra matoma palankesnėje šviesoje, kai, kitiems aspektams nesiskiriant, valstybė neklaidina viešuomenės; dėl šios priežasties pirmenybę jis teiks interpretacijai, kuri atitinka formalius legislatyvinio tikslo pareiškimus, ypač kai piliečiai tikrai galėjo padaryti lemiamos reikšmės sprendimus, pasikliaudami tais pareiškimais. Jeigu legislatyviniuose debatuose dėl turto paveldėjimą reguliuojančio įstatymo buvo gausu nenuginčytų pareiškimais, jog testamentai turi būti skaitomi akontekstiškai – teikiant jų žodžiams tik tas reikšmes, kurias jiems priskirtų žmonės, jeigu nežinotų nieko ypatingo apie kontekstą, kuriame jie buvo pavartoti, – tuomet ir viešuomenė būtų suvokusi tą įstatymą laikydamasi tokios prielaidos, o testamentai tikrai būtų galėję būti rašomi remiantis ta prielaida. Tuomet Heraklis tą faktą laikytų stipriu, tačiau nebūtinai lemiamu argumentu tos konstrukcijos naudai. Tačiau kaip įsitikinsime, tai argumentas, kurio galia tampa silpnesnė, einant laikui.

Legislatyvinė istorija, susijusi su Nykstančių biologinių rūšių aktu, buvo daug sudėtingesnė. Ją apžvelgėme 1-ame skyriuje ir pažymėjome, jog Aukščiausiojo teismo teisėjai nesutarė dėl to, ar į legislatyvinę istoriją dera įtraukti faktą, jog įvairiuose sprendimuose, priimtuose jau po to, kai aktas buvo priimtas, Kongresas mėgino aiškiai nurodyti, jog Tenesio užtvanka yra neliestina. Heraklis neturi pagrindo abejoti, jog į šiuos vėlesnius Kongreso sprendimus dera atsižvelgti. Jie yra dokumentuotos viešosios praeities – vėlesnių politinių sprendimų dėl įvairių esamų interesų reliatyvios svarbos visa apimančioje bendruomenės tikslų schemoje – dalis. Priešingas požiūris – jog šie sprendimai neturi būti laikomi atsižvelgtinais – presuponuoja laiko varžtą, kurį netrukus svarstysime, – esą įstatymo reikšmė yra fiksuojama kokiu nors pradiniu kūrimo aktu. Tad nesunku suprasti, kaip Heraklis išspręs nykstančios žuvų rūšies bylą, jeigu jam nesvetima ta substantyvi nuomonė, kuri atrodė dominuojanti Teisme, – jog išmintingesnis kursas būtų žuvį paaukoti užtvankai. Jis mano, jog įstatymo perskaitymas, palankus užtvankos išgelbėjimui, padarytų jį ge-

resnį sveiku protu pagrįstos politinės strategijos požiūriu. Jis neturi jokio tekstinio integralumo motyvo, kuris teiktų argumentų prieš tą perskaitymą, taip pat jokio teisingumo motyvo, nes jokia aplinkybė neverčia manyti, jog toks sprendimas papiktintų ar įžeistų viešuomenę. Jokie paties teisinio akto, deramai suprantamo ir laikomo viešojo sprendimo dokumentu, legislatyvinės istorijos faktai neteikia pagrindo priešingam argumentui, o vėlesni legislatyviniai to paties pobūdžio sprendimai teikia tvirtą pagrindą argumentams už tokį perskaitymą, kurį jis pats mano esant geriausią. Jis atitaria tiems Aukščiausiojo teismo teisėjams, kurie toje byloje turėjo atskirąją nuomonę.

ĮSTATYMAI LAIKO PROCESE

Kalbėtojo intencijos teorija kyla iš idėjos, kuri, kaip sakiau, yra ir jos keblumų šaltinis: jog teisėkūra yra komunikacijos aktas, kurį reikia suprasti pagal paprastą kalbėtojo ir auditorijos modelį, taigi jog pagrindinis klausimas teisėkūros interpretacijoje yra klausimas, ką tam tikras kalbėtojas ar grupė „norėjo pasakyti“ kokiu nors kanoniniu sakymo aktu. Su tuo susijusios visos tos mįslės, kurių katalogą apžvelgiau pradžioje. Kas yra kalbėtojas? Kada jis kalbėjo? Kokia mentalinė būklė sąlygojo jo intenciją? Šias mįsles gimdo viena vyriausioji prielaida: jog jų atsakymai turi nurodyti vieną konkretų istorijos momentą, tą, kai įstatymo reikšmė buvo fiksuota kartą ir visiems laikams, momentą, kai gimė tikrasis įstatymas. Šios prielaidos sekmuo yra tas, jog laikui einant, kai įstatymą reikia taikyti pasikeitusiomis aplinkybėmis, teisėjams kyla reikalas pasirinkti, ar įgyvendinti pirminį įstatymą ta jo reikšme, kurią jis visuomet turėjo, ar jį slapčiomis pataisyti siekiant priderinti prie dabarties. Dažnai manoma, kad tokią dilemą kelia seni įstatymai: sakoma, jog teisėjai turi pasirinkti arba negyvą, bet legitimią praeities ranką, arba vienareikšmiškai neleistinus progreso kerus.

Heraklio metodas kvestionuoja šį kalbėtojo intencijos teorijos aspektą drauge su visais kitais. Jis atmeta prielaidą, jog esama kanoninio momento, kuriuo įstatymas gimsta ir įgyja visą tą – ir vienintelę –

reikšmę, kurią jis turės visada. Heraklis intepretuoja ne vien įstatymo tekstą, bet jo biografiją, procesą, kuris prasideda iki jam tampant teise ir peržengia tą momentą. Iš šios tebesiplėtojančios istorijos *(story)* jis siekia padaryti geriausia, ką gali, todėl jo interpretacija kinta, šiam pasakojimui rutuliojantis. Jis ne identifikuoja konkrečius žmones kaip unikalius įstatymo „kūrėjus" *(framers)*, kad tuomet kreiptų dėmesį tik į jų viltis ar lūkesčius, ar konkrečius įsitikinimus, ar pareiškimus, ar reakcijas. Kiekvienas iš politinių motyvų, kuriuos jis taiko, kad į savo visa apimantį klausimą atsakytų taip, kad pasakojimas apie įstatymą būtų geriausias, koks gali būti, identifikuoja įvairius žmones, grupes ir institucijas, kurių pareiškimai arba įsitikinimai galėtų būti įvairiais atžvilgiais relevantiški.

Apsvarstykime argumentą, apeliuojantį į teisingumą, argumentą, kuris jį vertė kreipti dėmesį į konkrečius legislatyvinius įsitikinimus – tiek, kiek jis galėjo juos atskleisti, – net kai jie nesutampa su jo paties įsitikinimais. Tas argumentas nereikalauja iš Heraklio identifikuoti konkrečius teisės kūrėjus kaip lemiamas figūras arba susitelkti į kokio nors lemiamo skaičiaus teisės leidėjų nuomones, tarsi įsitikinimai būtų skaičiuotini kaip balsai. Teisingumas įpareigoja Heraklį žiūrėti visų tų politinių pažiūrų išraiškų, kurios atrodo relevantiškos sprendžiant, ar tam tikras įstatymas, jį konstruojant pagal interpretaciją, kurią jis svarsto, būtų teisingas esamos viešosios opinijos ir jos dabartinio paplitimo aplinkybėmis. Šiame kontekste svarbaus politiko kreipimasis per televiziją galėtų būti *svarbesnis* už komiteto ataskaitos smulkraštį.

Dabar pasvarstykime, ką su šiuo argumentu, apeliuojančiu į teisingumą, daro laiko procesas. Kalbėtojo intencijos teorija sutelkia žvilgsnį į įsitikinimus, egzistavusius ir turėjusius išraišką tuo metu, kai buvo priiminėjamas įstatymas, ir ignoruoja vėlesnius pakeitimus. Tik „pirminės" intencijos gali būti reikšmingos nustatant įstatymo reikšmę jo gimimo momentu; apeliacija į pasikeitusią opiniją būtinai yra anachronizmas, logiškai absurdiškas teisminės pataisos alibi. Heraklio laikysena yra visai kitokia. Tarkime, jog Nykstančių biologinių rūšių aktas buvo išleistas tokio viešosios nuomonės klimato sąly-

gomis, kuris labai skiriasi nuo to, kurį jis aptinka tuo metu, kai turi spręsti nykstančios žuvų rūšies bylą. Jis klausia, kuri interpretacija teikia geriausią paaiškinimą politinės istorijos, kuri dabar apima ne tik patį aktą, bet ir jo vėlesnį neatšaukimą ar nekeitimą, todėl jis kreips dėmesį ne į viešąją opiniją pradžioje, gamtosaugos klestėjimo metu, o į opiniją, vyraujančią dabar, kai reikia nuspręsti, ar sekretorius gali paleisti vėjais stambias viešąsias lėšas tam, kad išsaugotų nereikšmingą biologinę rūšį. Argumentas teisingumo vardu dabar turės visiškai kitokį poveikį nei būtų turėjęs anuomet, jei byla jam būtų tekusi daug anksčiau.

Argumentas tekstinio integralumo vardu taip pat bus jautrus laikui, nes paisys kitų sprendimų, Kongreso ir teismų padarytų per praėjusį laiką; jeigu viešosios nuomonės poslinkiai arba ekonominių ar ekologinių aplinkybių permainos buvo didelės, per tą laiką padaryti politiniai sprendimai bus visiškai kitokios dvasios, tad tikėtina, jog interpretacija, aprėpianti ir juos, ir tą aktą, bus kitokia negu interpretacija, iš kurios reikalaujama atitikti vien tą aktą. Argumentas legislatyvinės istorijos vardu taip pat bus jautrus laikui, tačiau kitokiu būdu. Šis argumentas yra argumento teisingumo vardu priešingybė: jis ignoruoja privačius įsitikinimus; jis susitelkia į formalius viešuosius pareiškimus, kuriuos galima kvalifikuoti kaip pačios bendruomenės deklaracijas. Šios deklaracijos vis dėlto nėra įstatymo dalis; jos yra viešojo tikslo ir įsitikinimo pranešimai, taigi jos yra natūraliai palankios pervertinimui.

Įstatymui senstant, žmonės turi mažiau pagrindo kliautis šiais pareiškimais, nes jie bus taisomi ir galbūt vietoj jų, kaip formalių viešojo įsipareigojimo interpretacijų, atsiras įvairių kitų interpretacinių paaiškinimų, lydinčių vėlesnius įstatymus, reguliuojančius panašius dalykus. Šie vėlesni pareiškimai teikia labiau esamą dalykų padėtį atitinkantį paaiškinimą, kaip bendruomenės pareigūnai supranta jos esamus principo įsipareigojimus ir aktualias politinio kurso strategijas.[11] Taigi Heraklis kreips vis mažiau dėmesio į pirminę legislatyvinę istoriją, ir čia jo metodas vėl kontrastuoja kalbėtojo intencijos teorijos atžvilgiu, kuri paiso tik pareiškimų, bendralaikių įstatymo

priėmimui. Heraklis interpretuoja istorijos procesą, nes pasakojimas, kurį jis turi padaryti geriausią, koks jis gali būti, yra visa istorija, apimanti ir jo sprendimą bei besiplėtojanti po jo. Jis ne pataiso pasenusius įstatymus, kad juos priderintų prie naujų laikų, kaip sugestijuotų kalbėtojo intencijos metafizika. Jis pripažįsta, kuo senieji įstatymai per tą laiką tapo.

KADA KALBA YRA AIŠKI?

Dabar turiu grąžinti skolą, kuri iki šiol nuolat augo. Aš klausiau, kaip Heraklis turėtų skaityti įstatymą, kai šio kalba yra neaiški, t. y. kai jis, kaip galėtume pasakyti, nesuteikia sau galios *(does not enforce itself)*. Tačiau kaip jis nusprendžia, ar ji yra aiški (o tokiu atveju jis nebeturi ką veikti), ar neaiški (o šiuo atveju jis turi pasitelkti sudėtingą ir politiškai subtilų aparatą, kurį ką tik apmečiau)? Ši perskyra dabar atrodo labai svarbi. Kaip ją derėtų padaryti?

Jos iš viso nereikia daryti. Ši perskyra, kuria pasirėmiau, tėra ekspozicinė priemonė, kuriai nereikia numatyti vietos galutinėje išplėtotoje Heraklio teorijoje. Dera kreipti dėmesį į tuos skirtingus būdus ar prasmes, kuriomis galėtų būti sakoma, jog įstatymo tekstas yra neaiškus. Jame galėtų būti dviprasmiškas žodis, kurio reikšmės galutinai nepaaiškina kontekstas. Pavyzdžiui, jis galėtų skelbti, kad bus laikoma nusikaltimu *„to be found within fifty yards of a bank after dark“* (būti penkiasdešimties jardų atstumu nuo banko/upės pakrantės sutemus), ir neteikti jokių nuorodų, ar minimasis *„bank“* yra pastatas, kuriame laikomi pinigai, ar vieta prie upės. Jame gali būti miglotas žodis, kuris praktikoje negali likti miglotas: pavyzdžiui, jis gali skelbti, jog vyresnio amžiaus žmonės atleidžiami nuo pajamų mokesčio. Jame gali būti pavartotas abstraktus žodis, toks kaip „pagrįstas“ arba „teisingas“, kuris, tikėtina, lems žmonių nuomonių nesutapimą dėl to, ar tam tikras sprendimas ar aktas tenkina standartą, kuriam paskelbti vartojamas tas abstraktus žodis. Tai įprasti lingvistinio neaiškumo tipai ar atvejai. Nė vienas iš jų neatitinka tų dviejų atvejų, kuriuos pasitelkėme kaip savo pagrindinius problemų, ky-

lančių taikant įsatymus, pavyzdžius. Abiem tais atvejais – Elmerio ir nykstančios žuvų rūšies – teisėjai nesutarė dėl to, kaip dera skaityti įstatymą, o teisę studijuojantieji bei teisės mokslininkai nesutaria dėl to iki šiol. Tačiau teksto neaiškumo negalime sieti su kokio nors konkretaus įstatymų, lėmusių tuos atvejus, žodžio ar frazės dviprasmiškumu ar miglotumu, ar abstraktumu.

Ar neaišku, ar paveldėjimą reguliuojantis įstatymas leidžia paveldėti žudikams? Jeigu konstatuojame, kad jis yra neaiškus, tai taip gali būti tik dėl to, kad mes patys turime kokį nors pagrindą manyti, jog žudikai neturėtų paveldėti. Jokie žodžiai Niujorko valstijos įstatyme, reguliuojančiame paveldėjimą, konkrečiai neskelbia, jog mėlynakiai žmonės gali paveldėti, tačiau niekas nemano, kad yra neaišku, ar pagal tą įstatymą jie gali paveldėti. Kodėl su žudikais yra kitaip – ar veikiau kodėl buvo kitaip, kai buvo sprendžiama Elmerio byla? Jeigu laikytumėmės kalbėtojo intencijos teorijos, jaustume pagundą pasakyti: todėl, kad turime pagrindą manyti, jog tie, kurie priėmė tą įstatymą, neturėjo intencijos nustatyti, kad žudikai turi teisę paveldėti. Tačiau šis teiginys gali būti suprantamas tik kontrafaktiškai, ir tuomet mes pamatome, kad jis yra per griežtas. Ar tampa neaišku, ar gali paveldėti naciai, jeigu manome, jog pirminiai įstatymo autoriai nebūtų norėję, kad naciai paveldėtų, jeigu būtų numatę tokius paveldėtojus? Tik dėl to, kad *mes* manome, jog argumentai, pagrindžiantys nuostatą, jog žudikai negali paveldėti pagal bendrą paveldėjimą reguliuojantį įstatymą, yra stiprūs argumentai, sankcionuojami principų, gerbiamų kitur teisėje, tą įstatymą manome esant tuo klausimu neaiškų.

Šitai lygiai taip pat aiškiai tinka Nykstančių biologinių rūšių aktui. Savo abejonių, ar tas įstatymas suteikė sekretoriui galią stabdyti įsibėgėjusius projektus, negalima sieti su kokios nors frazės ar žodžio dviprasmiškumu ar miglotumu, ar abstraktumu. Niekas neteigtų, kad yra neaišku, ar šis aktas iš viso taikytinas užtvankoms, nors užtvankos ir nėra jame aiškiai paminėtos. Ir šiuo atveju įstatymą manome esant neaiškų jau pradėtų projektų klausimu dėl to, kad daugeliui žmonių atrodo neprotinga prapuldyti šitiek pinigų, turint tikslą

išsaugoti neįdomią ir moksliškai nereikšmingą biologinę rūšį. Tačiau turime išvengti šio argumento klaidingo apibendrinimo: Heraklis įstatymo nelaikys neaiškiu visada, kai jo akontekstiška reikšmė sugestijuoja sprendimą, kurį daugelis žmonių mano esant neteisingą. Tai taip pat pernelyg griežtas testas: daugelis žmonių visą Nykstančių biologinių rūšių aktą mano esant neteisingą – tragiškai kvailą – nuo pradžios iki galo. Tačiau niekas nesakytų, kad dėl to yra neaišku, ar tas aktas iš viso turi kokią nors galią, ar iš viso kokiomis nors aplinkybėmis sekretorius turi galią sulaikyti bet kokį projektą.

Apibūdinimas „neaiškus" yra veikiau Heraklio įstatyminių tekstų interpretavimo metodo *rezultatas,* o ne *proga* jį taikyti. Įstatymo nevadinsime „neaiškiu", jeigu nemanome, jog esama tinkamų argumentų už kiekvieną iš dviejų konkuruojančių jo interpretacijų.[12] Šitai paaiškina, kodėl niekas – net jei Nykstančių biologinių rūšių aktą jis mano esant kvailą – nejaučia pagundos sakyti, kad yra neaišku, ar tas aktas duoda sekretoriui kokią nors galią kokiomis nors aplinkybėmis sustabdyti kokį nors projektą. Jokia gera to akto interpretacija negali sugestijuoti, jog jis nieko nekomanduoja, nepaisant jo kalbos ir debatų, ir komiteto ataskaitų, prezidento pareiškimų ir Kongreso publikacijų, sulig kuriomis jis įsigaliojo. Nenoriu pasakyti, jog niekas nesakys, kad įstatymas yra neaiškus, jeigu jis jau nėra nusprendęs, jog akontekstinė interpretacija yra neteisinga. Įstatymas gali būti pripažintas neaiškiu, jeigu manoma, jog interpretacijos klausimas yra sudėtingas arba diskutuotinas, net jei galiausiai prieinama nuomonė, kad akontekstinė interpretacija yra geriausia. Nepaisant to, perskyra tarp aiškių ir neaiškių įstatymų, taip suprantant, nereikalinga jokioje formalioje Heraklio teisėkūros teorijos formuluotėje. Konkrečiai, ji nebūtų naudinga taip, kaip ji man buvo naudinga svarstyme iki šio skirsnio – sugestijuoti teorinių bėgių keitimo tašką *(a theoretical switching point),* nuo kurio interpretacija tęstųsi viena linkme, jei plėtotųsi kitais bėgiais, ir kita linkme, jei judėtų tais pačiais.

Herakliui nereikia ir preanalitinės ar bėgių keičiamosios perskyros tarp aiškių ir neaiškių įstatymų, kai tariamas neaiškumas išties

yra sietinas su konkrečiu žodžiu ar fraze. Įstatymas, ribojantis kaupiamuosius indėlius banke, nėra neaiškus mums, bet gal būtų neaiškus Keyneso piratų gaujų bendruomenėje. Heraklis pripažins įstatymą problemišku dėl kokio nors žodžio dviprasmybės ar miglotumo, ar abstraktumo tik kai esama bent kokios abejonės dėl to, ar įstatymas būtų geresnė legislatyvinės funkcijos realizacija jį skaitant vienaip, o ne kitaip. Kai abejonės nėra, įstatymas yra aiškus – ne dėl to, kad Heraklis turi kokią nors perskyrą, be savojo bendrojo metodo, įgalinančią atskirti aiškią žodžio vartoseną nuo neaiškios, o dėl to, kad metodą, kurį jis naudoja visada, tuomet yra labai lengva pritaikyti. Jis pats realizuojasi *(applies itself)*.

Taip svarstydami, susiduriame su dar vienu pavyzdžiu, iliustruojančiu problemą, su kuria dažnai susiduriame šioje knygoje ir kurią mes dabar galime pavadinti lengvojo atvejo poblema. Mes skyrėme dėmesį daugiausia sunkiesiems atvejams, kai teisininkai nesutaria, ar tam tikra lemiamos reikšmės teisės propozicija yra teisinga, ar neteisinga. Tačiau teisės klausimai teisininkams ir net neteisininkams kartais yra labai lengvi. „Akivaizdus faktas" yra *(it „goes without saying")* tai, jog greičio riba Konektikute yra 55 mylios per valandą ir kad žmonės Britanijoje turi teisinę pareigą susimokėti už maistą, kurį jie užsisako restorane. Šie dalykai yra savaime aiškūs bent jau visais tais atvejais, kai aplinkybės nėra labai neįprastos. Todėl kritikas gali jausti pagundą sakyti, jog mūsų išplėtotasis sudėtingas teisėjo samprotavimo paaiškinimas pagal teisės kaip integruotos visumos sampratą yra tik sunkiosioms byloms tinkamas metodas. Jis galėtų pridurti, jog būtų absurdiška šį metodą taikyti lengvosioms byloms, – jokiam teisėjui nėra jokio reikalo svarstyti dermės ir politinės moralės klausimus, kad nuspręstų, ar tam tikras asmuo privalo apmokėti savo telefono sąskaitą, – ir tada jis galėtų paskelbti, jog, be sunkiųjų bylų teorijos, Herakliui reikia teorijos, aiškinančios, kada atvejai yra sunkūs, kad galėtų žinoti, kada jo sudėtingas metodas, tinkamas sunkiosioms byloms, yra deramas, o kada ne. Tuomet kritikas iškels rimtą problemą: klausimas, ar nagrinėjamoji byla yra sunkusis ar lengvasis atvejis, gali būti sunkus, ir Heraklis, naudodamas savo

sunkiesiems atvejams tinkamą metodą, negali padaryti jokio sprendimo, kuris nenustumtų problemos.[13]

Tai pseudoproblema. Herakliui nereikia vienokio metodo sunkiosioms byloms, o kitokio – lengvosioms. Jo metodas vienodai funkcionalus ir lengvosiose bylose, tačiau kadangi atsakymai į klausimus, kuriuos tas metodas įgalina iškelti, tais atvejais yra akivaizdūs ar bent jau tokie atrodo, mes nesuvokiame, kad čia apskritai esama kokios nors teorijos.[14] Mes manome, jog klausimas, ar kas nors gali legaliai važiuoti greičiau, negu leidžia nustatytas greičio limitas, yra lengvas klausimas, nes mes sykiu tariame, kad joks teisės archyvo aiškinimas, kuris neigtų šią paradigmą, nebūtų kompetentingas. Tačiau tas, kurio įsitikinimai dėl teisiškumo ir teisingumo būtų visai kitokie negu mūsų, galėtų nemanyti, kad tas klausimas yra toks paprastas; net jeigu jis galiausiai ir sutiktų su mūsų atsakymu, jis tvirtintų, jog mes buvome neteisūs, šitaip pasikliaudami tikrumu. Šitai paaiškina, kodėl klausimai, laikomi paprastais vienu tarpu, tampa sunkūs prieš vėl tapdami lengvais – tik su priešingais atsakymais.

10. Konstitucija

AR KONSTITUCINĖ TEISĖ PAGRĮSTA KLAIDA?

Pradėjome slogiu populiaraus ginčo dėl to, kaip teisėjai turėtų spręsti bylas, būklės nusakymu. Jungtinėse Valstijose šis ginčas karščiausias ir painiausias yra tada, kai ginčijasi Aukščiausiojo teismo teisėjai, o svarstomosios bylos yra konstituciniai įvykiai, kai testuojama, ar Kongresas arba kokia nors valstija, arba prezidentas turi teisinę galią daryti tai, ką jie pamėgino padaryti. Konstitucija sukuria tik ribotas šių institucijų galias ir paskelbia svarbias kiekvienos iš jų negalias *(disabilities)*. Ji nesuteikia Senatui galios dalyvauti finansiniuose procesuose, o vyriausiajam kariuomenės vadui neduoda galios taikmečiu kareivius apgyvendinti privačiuose namuose. Kiti varžtai, kaip gerai žinoma, yra abstraktūs. Penktoji pataisa reikalauja, kad Kongresas neatimtų „gyvybės, laisvės ar nuosavybės" be „deramo teisės proceso", Aštuntoji skelbia nelegaliomis „žiaurias ir neįprastas" bausmes, o Keturioliktoji, dominavusi mūsų parinktoje *Brown* byloje, reikalauja, kad jokia valstija iš jokio asmens neatimtų „vienodos teisės apsaugos".

Iš to nekyla geležinės logikos išvada, jog Aukščiausiasis teismas privalėtų turėti galią spręsti, kada šie apribojimai yra peržengiami. Mat Konstitucija galėjo būti interpretuojama kaip nustatanti gaires Kongresui, prezidentui ir valstybės pareigūnams – gaires, kuriomis vadovautis šie pareigūnai turėtų tiek teisinę, tiek moralinę pareigą, – tačiau paliekanti juos savo pačių teisėjais. Tuomet Konstitucijos vaidmuo Amerikos politikoje būtų buvęs visiškai kitoks ir daug silpnesnis: ji būtų skirtingų institucijų politinių argumentų apie jų konstitucinės jurisdikcijos ribas pamatas, o ne vienos iš šių institucijų, teismų, autoriteto nustatyti tas ribas likusioms šaltinis. 1803 metais

Aukščiausiasis teismas nepraleido progos atmesti tą silpnesnį vaidmenį.[1] Vyriausiasis Aukščiausiojo teismo teisėjas Johnas Marshallas sakė, jog Teismo galia ir pareiga įgyvendinti Konstituciją kyla iš paties šio dokumento deklaracijos, kad Konstitucija yra aukščiausias šalies *įstatymas.*

Marshallas dažnai buvo kaltinamas – ilguose debatuose, kurie dar tęsiasi, – apėjęs visus svarbius neatsakytus klausimus. Tokį kaltinimą lengva paremti pasitelkiant į „akivaizdžius faktus" apeliuojantį teisės vaizdinį *(the plain-fact picture),* kurį svarstėme ir atmetėme šios knygos pradžioje, vaizdinį, kuris tvirtina griežtą analitinę perskyrą tarp teisinių klausimų dėl to, kokia yra teisė, ir politinių klausimų dėl to, ar teismai turėtų įgyvendinti teisę. Jeigu ši perskyra būtų pagrįsta, tuomet, žinoma, iš propozicijos, jog Amerikos teisė apima Konstituciją, mes negalėtume išvesti jokios išvados apie tai, ką turėtų daryti kiekvienas teismas, nes ta propozicija tėra teiginys apie tai, kokia yra teisė. Teisės kaip integralios visumos samprata, priešingai, remia Marshallo argumentą. Jis buvo teisus manydamas, jog pati įtikinamiausia besiplėtojančių teisinių jaunos šalies praktikų interpretacija – lygiai kaip ir jos kolonijinių ir britiškųjų ištakų – yra ta, kuri taria, jog svarbi teisės tikslo dalis buvo teikti standartus teismų sprendimui. Istorija patvirtino substantyvinę tos interpretacijos dimensiją. Jungtinės Valstijos yra teisingesnė visuomenė, negu ji būtų buvusi, jeigu jos konstitucinės teisės būtų buvusios paliktos mažoritarinių institucijų sąžinei.[2] Kad ir kaip ten būtų, Marshallas nusprendė, jog teismai apskritai ir Aukščiausiasis teismas galiausiai turi galią spręsti už visą valdžią, ką Konstitucija reiškia, ir skelbti negaliojančiais kitų valdžios padalinių aktus, jeigu jie viršija galias, jiems numatomas Konstitucijos, ją deramai suprantant. Jo sprendimas buvo pripažintas, bent jau šia abstrakčia forma, ir paskesnė konstitucinė praktika žiedėsi apie jį. Jokia interpretacija nederės su ta praktika, jeigu neigs galias, kurias paskelbė Marshallas. Net tie, kurie mano, jog jis padarė klaidą, pripažįsta, kad bemaž du šimtmečiai praktikos padarė jo poziciją nekvestionuotiną kaip teisės propozicija, ir konstituciniai karai dabar kariaujami jos apibrėžiamoje erdvėje.

Kapitalinis klausimas dabar yra ne tas, kokią galią turi Teismas, o kaip jo milžiniška galia turėtų būti naudojama. Ar jis turėtų imtis įgyvendinti visą Konstituciją, įskaitant tas provizijas, kurių interpretavimas reikalauja beveik gryno politinio sprendimo? Pavyzdžiui, ar jis turėtų spręsti, ar pačios valstijos konstitucinės struktūros detalės numato „respublikinę valdymo formą", kurios reikalauja federalinė Konstitucija, ar turėtų tai palikti spręsti Kongresui ar pačios valstijos nuožiūrai? Kokią strategiją Teismas turėtų naudoti interpretuodamas ir taikydamas konstitucines provizijas, kurias jis yra įgaliotas įgyvendinti? Ar jis turėtų kokiu nors mastu paklusti Kongreso arba valstijos legislatūros nuomonei dėl to, ar tam tikra bausmės forma, kaip antai mirties bausmė, yra „žiauri ir neįprasta" Aštuntosios pataisos prasme, arba ar tam tikra rasinės perdalos edukacijoje schema suteikia ar nesuteikia vaikams „vienodą apsaugą", numatomą Keturioliktojoje pataisoje? Ar šių institucijų nuomonę jis turėtų pripažinti, jeigu nemano jų esant akivaizdžiai neteisių, o gal jis turėtų veikti vietoje jų visuomet, kai būtų pasirinkęs kitokį sprendimą? Kad ir kaip ten būtų, kokį testą jis turėtų naudoti spręsdamas, kurie sprendimai yra akivaizdžiai neteisingi arba neteisingi į viską atsižvelgus?

LIBERALAI IR KONSERVATORIAI

Populiarioji vaizduotė Aukščiausiojo teismo teisėjus skirsto į stovyklas pagal tai, kaip juos įsivaizduojama atsakysiant į tokius kaip šie klausimus. Kai kuriuos teisėjus ji laiko „liberalais", kitus – „konservatoriais" ir apskritai atrodo teikianti pirmenybę pastariesiems. Tačiau šios perskyros pagrindas yra, kaip gerai žinoma, slidus, ir vienas gerai žinomas aiškinimas daug nusipelnė šiems apgailėtino lygio viešiesiems debatams. Žmonės sako, jog konservatyvūs teisėjai paklūsta Konstitucijai, o liberalai mėgina ją reformuoti pagal savo asmeninius įsitikinimus. Mes žinome, kuo šis nusakymas klaidingas. Jis ignoruoja interpretacinį teisės pobūdį. Aukščiausiojo teismo teisėjai, vadinami liberaliais, ir tie, kurie vadinami konservatyviais, sutaria dėl to, kokie žodžiai sudaro Konstituciją kaip preinterpretacinį teks-

tą. Jie nesutaria dėl to, kokia Konstitucija yra kaip pointerpretacinės teisės dalykas, – dėl to, kokius standartus pareigūnų veiksmams testuoti ji nustato. Abiejų klasių teisėjai stengiasi įgyvendinti Konstituciją kaip teisę, remdamiesi savo interpretaciniu sprendiniu, kokia ji yra, ir kiekvienas mano, kad kitas griauna tikrąją Konstituciją. Taigi beprasmiška, taip pat neteisinga teisėjus klasifikuoti pagal jų ištikimybės priesaikai laipsnį.

Taip pat nėra akivaizdu, jog populiarioji perskyra tarp konservatyvių ir liberalių teisėjų iš viso yra naudinga perskyra. Teisėjus, kuriuos buvo manoma esant liberalius, kai jie buvo skiriami, vėliau manyta esant konservatyvius – Felixas Frankfurteris yra dažniausiai minimas pavyzdys, – o teisėjai, kurie atrodo konservatyvūs vienu atžvilgiu, mat daro sprendimus, kuriais patenkinti žmonės, besilaikantys konservatyvių politinių nuomonių, atrodo liberalūs ir net radikalūs kitu atžvilgiu, mat juos darydami nepaiso konstitucinio precedento.[3] Teisės kaip integruotos visumos samprata teikia šiek tiek subtilesnę klasifikacijos schemą, pasitelkdama savo analitinę perskyrą tarp interpretacijos dimensijų. Jeigu atkakliai laikomės teisėjų klasifikacijos pagal liberalumo/konservatyvumo spektrą, turime padaryti perskyrą atskirai dviem dimensijoms, taigi sudaryti keturias, o ne dvi skiltis. Pagal pirmąją dimensiją, Teisėjas bus konservatyvus, jeigu jo įsitikinimai dėl dermės *(fit)* yra griežti: pavyzdžiui, jeigu jis, reikalauja, kad bet kokia konstitucinės doktrinos interpretacija atitiktų konkrečius Konstitucijos „kūrėjų" įsitikinimus arba, kitokiu atveju, praeityje dirbusių Aukščiausiojo teismo teisėjų įsitikinimus. Jis bus liberalus – pagal pirmąją dimensiją – jeigu jo nuomonės apie dermę yra ne tokios griežtos. Lygiagrečią perskyrą galima išvesti pagal substantyviąją dimensiją. Teisėjas bus konservatyvus, jeigu tie politiniai įsitikinimai, kuriuos jis išreiškia rinkdamasis iš interpretacijų, priimtinų dermės pagrindais, yra įsitikinimai, kuriuos mes siejame su politiniu konservatizmu: pavyzdžiui, jeigu jis atiduoda pirmenybę į atpildą apeliuojačiai *(retributivist)* bausmės filosofijai arba – ekonominiuose dalykuose – laisvai verslo iniciatyvai. Jis bus liberalus, pagal šią dimensiją, jeigu jo politiniai įsitikinimai yra tokie, kurių paprastai laikosi liberalai.

Ši nauja klasifikacinė schema nėra tokia nelanksti kaip paprasta perskyra tarp teisėjų liberalų ir teisėjų konservatorių. Tačiau net ir pagal tokią schemą gali būti nelengva konkretų teisėją įsprausti tik į dvi jį definuojančias skiltis iš keturių. Jis gali kombinuoti konservatyvias pozicijas dėl kai kurių dermės aspektų su ne tokiomis griežtomis nuomonėmis dėl kitų aspektų. Pavyzdžiui, jis galėtų manyti, jog Konstitucija negali būti interpretuojama kaip draudžianti mirties bausmę, nes jos kūrėjai nemanė, kad mirties bausmę jiems sugestijuoja Amerikos jurisprudencija, ir vis tiek galėtų nepripažinti kaip argumento Teismo praeities sprendimų, kurie mirties bausmę pripažino nekonstituciška tam tikromis aplinkybėmis. Kitas teisėjas galėtų atšaukti šias interpretacines prielaidas; jam galėtų menkai terūpėti tų laike nutolusių kūrėjų pažiūros, tačiau jis gali trokšti išsaugoti tęstinumą Aukščiausiojo teismo sprendimų bet kokiu klausimu grandinėje. O koks kitas teisėjas galėtų kombinuoti tradiciškai liberalias ir konservatyvias substancines pažiūras. Pavyzdžiui, Vyriausiasis Aukščiausiojo teismo teisėjas Earlas Warrenas, iš visko sprendžiant, puoselėjo egalitarinius įsitikinimus dėl ekonominio teisingumo ir konservatyvias pažiūras dėl pornografijos.[4]

ISTORIZMAS

Įstatymo kūrėjo sumanymas kaip kalbėtojo intencija

Tad perskyra tarp liberalių ir konservatyvių teisėjų yra neadekvati ir neverta tikėtis, kad ji bus labai naudinga kokiam nors rimtam konstitucinio teisėjavimo paaiškinimui. Akademiniuose tyrimuose pastaruoju metu bandyta kitokia perskyra: šioji teisėjus skirsto į interpretatyvistų *(interpretivist)* ir neinterpretatyvistiškųjų stovyklas. Tačiau šios etiketės taip pat yra didžiai klaidinamos. Jos sugestijuoja perskyrą tarp teisėjų, kurie mano, jog konstituciniai sprendimai turėtų būti daromi tik – arba daugiausiai – interpretuojant pačią Konstituciją, ir kitų, kurie mano, kad jie turėtų būti grindžiami ekstrakonstituciniais pagrindais.[5] Tai akademinė forma šiurkščios populiarios klai-

dingos nuomonės, jog kai kurie teisėjai paklūsta Konstitucijai, o kiti jos nepaiso. Ši nuomonė ignoruoja filosofinį teisės kaip interpretacinio objekto pobūdį. Kiekvienas sąžiningas teisėjas, atstovaujantis bet kuriai iš tariamų stovyklų, yra interpretatyvistas plačiausia prasme: kiekvienas mėgina mūsų konstitucinei struktūrai ir praktikai priskirti geriausią interpretaciją, kad jas suvoktų – į viską atsižvelgęs – pačioje palankiausioje, kokia įmanoma, šviesoje. Jie nesutaria dėl to, kokia intepretacija yra geriausia, tačiau painioti šitai su nesutarimu dėl to, ar konstitucinis bylų sprendimas turėtų iš viso būti interpretacinis, yra analitinė klaida, lokali infekcija, palikta semantinio geluonies. Didieji debatai dėl konstitucinio metodo yra debatai interpretacijos viduje, o ne debatai dėl jos reikalingumo. Jeigu vienas teisėjas mano, jog kūrėjų intencijos yra daug svarbesnės, nei mano kitas, tai šitai yra gilesnio interpretacinio nesutarimo efektas. Pirmasis mano, jog teisingumas ar integralumas reikalauja, kad bet kokia pagrįsta interpretacija atitiktų kūrėjo proto būklę *(state of mind);* antrasis taip nemano.

Tačiau tą akademinę perskyrą pakankamai paprasta atitaisyti kad ir štai kaip. Terminą „istoristinis" galime vartoti kaip nuorodą į tuos, kuriuos ji vadina interpretatyvistais. Dabar sakysime, jog istoricistas renkasi tą konstitucinio bylų sprendimo stilių, kuris priimtinų Konstitucijos interpretacijų atrankai naudoja principus, išreiškiančius istorines kūrėjų intencijas. Jis nesutiks, jog lygios apsaugos klauzulė delegitimuoja valstybinę segregaciją, jeigu nesutinka, kad tie, kuriuos jis laiko kūrėjais, manė, kad ji tai daro. Arba, formuluojant kiek nuosaikiau, – jeigu jis nesutinka, kad kūrėjai nemanė, jog ta klauzulė nedraudžia segregacijos. Iš tiesų Keturioliktoji pataisa buvo pasiūlyta teisės kūrėjų, maniusių, jog ja jie nedelegitimuoja rasiškai segreguotos edukacijos. Civilinių teisių bilį, kuris buvo išleistas iki pataisos, Rūmams pristatinėjęs narys sakė, jog „civilinės teisės nereiškia, kad visi vaikai turi lankyti tas pačias mokyklas",[6] ir tas pats Kongresas toliau tęsė segregaciją Kolumbijos apygardos mokyklose ir po to, kai Keturioliktoji pataisa įėjo į Konstituciją. Istoricistas iš to daro išvadą, jog vienodos apsaugos klauzulė nedaro segregacijos nekonstituciškos.

Iš pirmo žvilgsnio atrodo, jog istorizmas tėra konstitucinė forma populiarios teorijos, kurią nagrinėjome 9-ame skyriuje: anot šios teorijos, įstatymus privalu skaityti vadovaujantis jų autorių intencijomis. Jeigu tai suprantame kaip šiurkščią, į kalbėtojo intenciją apeliuojančią tos teorijos versiją, mentalinę būklę tų, kurie debatavo ir priėmė Konstituciją, ji daro lemiamą reikšmę tam, kaip turėtų būti skaitoma jos abstrakti kalba. Kiekvienai klauzulei ji identifikuoja kanoninį sukūrimo momentą, ir tvirtina, jog tai, ką tuomet manė kūrėjai, kad ir kaip keistai tai atrodo dabar, išsamiai paaiškina turimą Konstituciją. 9-ame skyriuje atmetėme į kalbėtojo intenciją apeliuojančią legislatyvinės intencijos teorijos versiją – dėl priežasčių, kurios galioja ir konstitucinėje arenoje. Mes svarstėme kitokią ir patrauklesnę versiją: jog įstatymus dera skaityti taip, kad tas skaitymas atitiktų įsitikinimus, kuriais vadovaudamiesi balsavo jų autoriai. Kai Hermis tikrino šią versiją, jis pripažino esant būtina identifikuoti ir sutaikyti konfliktus kiekvieno teisės kūrėjo įsitikinimų viduje, interpretuojant teisės leidėjo dosjė kaip visumą, o tada būtina restruktūruotus atskirų individualių teisės kūrėjų įsitikinimus kombinuoti į visa apimančią institucinę įsitikinimo schemą, tai kombinacijai naudojant kokią nors deramą formulę. Jis greitai suvokė, kad geriau yra įstatymą interpretuoti tiesiogiai, klausiant, koks įsitikinimų kompleksas jam suteiktų geriausią pateisinimą, o ne geriausią balsų už jį, imant skyrium, interpretaciją, nes jokia individualių įsitikinimų kombinavimo formulė nebūtų derama, jeigu neduotų to paties rezultato kaip konstruktyvinė paties įstatymo interpretacija.

Istoricistas, tvirtinantis, jog konstitucinė interpretacija privalo atitikti kūrėjų intencijas, susidurs su tais pačiais sunkumais, su kuriais susidūrė Hermis, ir jeigu jis yra mąslus, galiausiai prieis tą patį požiūrį. Jis sakys, pirma, jog Keturioliktoji pataisa turi būti skaitoma tuo būdu, kuris geriausiai tarnauja kongresmenų ir kitų už ją balsavusių teisės kūrėjų įsitikinimams. Tuomet jis konstatuotų, jog tie valstybės veikėjai laikėsi įvairių rasinei segregacijai svarbių politinių nuomonių. Jų dominuojantis įsitikinimas buvo abstraktus: jog Konstitucija turėtų reikalauti, kad teisė visus piliečius traktuotų kaip lygius.

Tai įsitikinimas, kurį jie tuo metu nusakė kalba, reikalaujančia „vienodo įstatymų gynimo". Daugelis iš jų turėjo dar ir tą konkretų įsitikinimą, jog rasinė segregacija nepažeidžia to reikalavimo, tačiau istoricistas, įsipareigojęs būti ištikimas jų įsitikinimams kaip visumai, privalo paklausti, ar tas konkretus įsitikinimas iš tikrųjų derėjo su dominuojančiu įsitikinimu, ar veikiau buvo tomis aplinkybėmis suprantamas klaidingas suvokimas to, ko iš tikrųjų reikalavo dominuojantis įsitikinimas. Jeigu istoricistas pats yra įsitikinęs, jog rasinė segregacija nedera su lygybės samprata, kurią kūrėjai pripažino abstraktesniu lygmeniu, jis manys, kad ištikimumas jų įsitikinimams kaip visumai reikalauja segregaciją laikyti nekonstituciška. (Jis galėtų laikytis ir kitokios pažiūros: jog aplinkybės pasikeitė taip, kad nors devynioliktojo amžiaus antroje pusėje segregacija derėjo su ta samprata, ji nedera dabar. Tuomet jis taip pat manys, jog ištikimybė reikalauja paskelbti segregaciją nekonstituciška.) Šiuo atveju, kaip ir bylose, kurias svarstėme 9-ame skyriuje, neigti, kad kūrėjų įsitikinimai galėjo konfliktuoti, reikštų lemti filosofinę painiavą. Jie buvo įsipareigoję principui, jog teisė privalo žmones traktuoti kaip lygius, o įsipareigojimai yra – tariant tame skyriuje mano vartota kalba, – skaidrūs, o ne neperregimi. Mes turime gerą pagrindą manyti, jog kūrėjai patys tai suprato, jog jie nemanė, kad Konstituciją dera suvokti kaip neperregimą arba kad neįmanomi jokie kiti Keturioliktosios pataisos pažeidimo būdai, išskyrus tuos, kuriuos nustatė jie.[7] Tačiau net jeigu jie išties manė, jog konstitucijos turėtų būti suvokiamos kaip neperregimos, istoricistas vis tiek turėtų nuspręsti, ar šis įsitikinimas dera su jų abstraktesniu – ir būtinai skaidriu – įsitikinimu, jog Amerika nuo šiol kiekvieną turi traktuoti kaip lygų prieš įstatymą.[8]

Taigi istoricisto interpretacinė problema ne išsprendžiama, o tik iškeliama, kai pažymima, jog kūrėjai patys nemanė, kad jų klauzulė delegitimuoja rasiškai segreguotas mokyklas. Jis vis tiek turi išgauti jų abstraktesnius įsitikinimus, klausdamas, kaip dera suprasti – norint suprasti geriausiai – jų paskelbtą vienodo žmonių traktavimo sampratą. Jis galėtų pamėginti tai daryti kiekvieno iš kūrėjų pavie-

niui atveju, studijuodamas tai, ką reikšmingo šiam klausimui jie yra parašę ir pareiškę, jeigu tokių raštų ir pareiškimų esama, bei jų balsavimus kitais klausimais. Tačiau ir vėl: jis darytų geriau, jeigu iškart atsigręžtų į visa apimančią struktūrą jų visų drauge sukurtų po Pilietinio karo priimtų papildymų, suprastinų kaip dalis bendresnės konstitucinės sistemos, kurią jie puoselėjo, ir paklausti, kokie lygybės principai yra reikalingi tai struktūrai pateisinti. Tik kai identifikuoja ir išgrynina šiuos principus, jis gali prasmingai spręsti, ar, jo nuomone, konkreti kūrėjų nuomonė dėl segregacijos dera su jų abstraktesniais įsitikinimais dėl lygybės. Jeigu jis nusprendžia, jog jos tarpusavyje nedera, jo ištikimybės įžadas reikalautų iš jo juos ignoruoti. Jo istorizmas griūva; jam darosi vis sunkiau kliautis išskirtinai tuo, ką tuo konkrečiu klausimu manė kūrėjai.

Istorija, teisingumas ir integralumas

Galėtume rasti ir stipresnių argumentų už istorizmą, tardami, jog istoricistas atmeta bet kokios formos kalbėtojo intencijos teoriją ir vadovaujasi visai kitokiu – Heraklio įstatymų skaitymo metodu. Pareiškimus apie rasinę segregaciją pirminiuose legislatyviniuose debatuose jis laiko ne įsitikinimų ar vidinių mentalinių būklių raktais, o politiniais įvykiais ir turi kokią nors politinę teoriją, kuri konstitucinį pasakojimą daro geresnį, kai Konstitucija skaitoma tiksliai taip, kaip nurodo tie pareiškimai. Tačiau kokia politinė teorija pateisintų tokią keistą išvadą? Lengva rasti prastų politinių argumentų, kurie būtų akivaizdžiai neadekvatūs. Istoricistas galėtų sakyti, jog istoriniai kūrėjų pareiškimai turi turėti lemiamą reikšmę, nes Konstitucija yra teisė, o teisės turinį nustato jos autorių viešai deklaruojamos intencijos. Tai pernelyg šiurkštus klausimo apėjimas. Istoricisto užduotis yra pagrįsti, kodėl Konstitucija kaip teisė turėtų būti suprantama taip, kaip ją konkrečiai suprato kūrėjai, ir jis negali paprasčiausiai tarti, kad ji turėtų būti taip suprantama. Jis galėtų pasakyti, jog kūrėjų deklaracijos turi lemiamą reikšmę todėl, kad tokia buvo jų intencija – kad jos turėtų lemiamą reikšmę. Taip sakyti yra paika dėl dviejų

priežasčių: mes neturime jokių įrodymų, liudijančių šią meta-intenciją,[9] ir net jeigu turėtume, jos įgyvendinimas ir vėl keltų tą patį klausimą. (Tarkime, jog kongresmenas, paklaustas, ar jo įstatymai būtų validūs, jeigu būtų parašyti prancūzų kalba, pasakė *„oui"*.)

Istoricistas galėtų pasakyti, jog demokratija – pagal jo šios sąvokos supratimą – reikalauja, kad valstybės veikėjai, išrinkti žmonių, kad sukurtų konstituciją, turėtų turėti galią nuspręsti, ką tai reiškia. Tačiau abstraktus demokratijos aprašymas, anot kurio žmonės turi pasirinkti savo valdytojus, pats savaime nenurodo, ar šių valdytojų užįstatyminės deklaracijos įeina į teisę, kurią jie sukūrė. Tad savo bendrąją apeliaciją į demokratiją jis turi papildyti kokiu nors konkretesniu teisingumo argumentu. Jis turi paaiškinti, kodėl demokratijos prielaida, anot kurios žmonės turi turėti maždaug vienodą įtaką teisėkūrai, suponuoja jo metodą, leidžiantį spręsti, ką reiškia Konstitucija. Vargu ar jis gali viltis, kad jam pasiseks. Pirminės Konstitucijos kūrėjai buvo išties nereprezentatyvūs žmonių kaip visumos atžvilgiu. Jie nebuvo išrinkti kokiu nors būdu, sankcionuotu pirmesnės nacionalinės teisės, o dauguma gyventojų, įskaitant moteris, vergus ir vargšus, buvo atskirti nuo procesų, per kuriuos anie buvo išrinkti ir kurie atvedė į Konstitucijos ratifikavimą. Ir demokratija nebuvo pakankamai pažengusi – net tuo metu, kai po Pilietinio karo buvo priimtos pataisos, – kad būtų įmanomas demokratinis teisingumo argumentas, reikalaujantis konkrečias teisės kūrėjų nuomones laikyti geru tuometiniu viešosios nuomonės liudijimu. Tačiau jei ir nepaisytume šių defektų, teisingumas negalėtų paaiškinti, kodėl dabarties žmonės turėtų vadovautis detaliais politiniais įsitikinimais pareigūnų, išrinktų prieš daugybę metų, kai populiarioji moralė, ekonominės aplinkybės ir kone visa kita buvo labai skirtinga. Kaip teisingumas gali tvirtinti, jog Konstitucija leidžia individualioms valstijoms praktikuoti oficialią rasinę segregaciją, tiesiog dėl to, kad tai kadaise buvo priimtina anuometinei šalies valdžiai, nepaisant to, ką dauguma žmonių daugumoje valstijų mano dabar?

Ankstesniame skyriuje daugiau dėmesio skyrėme kitokiam argumentui už tai, kad reikia atsižvelgti į legislatyvines deklaracijas, bent

jau kai šios yra paskelbtos formaliu būdu. Tai argumentas apeliuojant į integralumo politinį procesą, anot kurio, šios deklaracijos yra bendruomenės politinio dosjė dalis ir politinis pasakojimas pasirodo palankesnėje šviesoje, kai įstatymai ir (dabar galime pridurti) konstitucijos perskaitomi kaip atitinkantys formalias tikslo ir įsitikinimo deklaracijas. Tačiau mes pažymėjome, koks jautrus šis argumentas laikui. Jis nė negalėtų būti silpnesnis nei yra mūsų svarstomame kontekste, kai turime reikalų su deklaracijomis, kurios buvo paskelbtos ne tik skirtingomis politinėmis aplinkybėmis, bet visiškai kitokios formos politinio gyvenimo sąlygomis. Būtų kvaila nuomones tų, kurie pirmi balsavo Keturioliktosios pataisos klausimu, laikyti atspindinčiomis Jungtinių Valstijų viešąją moralę šimtmečiu vėliau, kai rasinė problema yra patyrusi visokeriopų transformacijų. Be to, tai būtų perversiška; tuo bendruomenei būtų nepripažįstama galia transformuoti savo viešojo tikslo jausmą, o tai reiškia nepripažinti, kad ji apskritai gali turėti viešuosius tikslus.

Stabilumas

Turėtume liautis brukti blogus argumentus istoricistui ir pamėginti sukonstruoti geriausią argumentą, kokį galime. Mano įsitikinimu, tai būtų argumentas, labai panašus į pagrindinį iš argumentų, kuriuos svarstėme kaip argumentus už konvencionalizmą kaip bendrą teisės sampratą.[10] „Teisė savo bendruomenei tarnauja geriausiai, kai yra tokia preciziška ir stabili, kiek tai įmanoma, ir šitai ypač pasakytina apie pamatinę, konstitucinę teisę. Tai teikia bendrą pagrindą įstatymų ir Konstitucijos interpretaciją sieti su kokiu nors istoriniu faktu, kuris yra bent jau iš principo galimas atskleisti ir turi imunitetą besimainančių įsitikinimų ir aljansų atžvilgiu. *Istorinio autoriaus* testas tenkina šią sąlygą geriau negu bet kokia alterantyva. Jo griežtesnioji versija, neleidžianti jokios konstitucinės provizijos interpretacijos, kuri nėra išvesta iš istorinių autorių konkrečių intencijų, teikia konstitucinei teisei unilateralistinį pobūdį, taigi pasiekia didžiausią įmanomą stabilumą ir numatomumą. Į Konstituciją nebus

apeliuojama turint tikslą atšaukti kokį nors legislatyvinį ar vykdomąjį sprendimą, jeigu istoriniai moksliniai tyrimai nėra įrodę, jog tokio rezultato buvo norima konkrečiu būdu. Tačiau jeigu šį unilateralistinį varžtą manoma esant pernelyg ankštą, silpnesnioji forma vis tiek teiks daugiau stabilumo negu bet koks interpretacinis stilius, kuris iš viso nepaiso konkrečių istorinių intencijų. Joks įstatymas ar sprendimas nebus atšauktas, jeigu galima istoriniais pagrindais parodyti, jog kūrėjai tikėjosi, kad jis nebus atšauktas."

Ar istorizmas, remiamas šio argumento, apeliuojančio į stabilumą, teikia deramą Amerikos konstitucinės praktikos interpretaciją? Griežtesnioji istorizmo versija visiškai neatitinka tos praktikos. Aukščiausiasis teismas nepasirinko unilateralistinės laikysenos konstitucinio bylų sprendimo atžvilgiu; jis pripažino konstitucines teises, apie kurias kūrėjai negalvojo. Silpnesnioji versija su ta praktika dera geriau būtent dėl to, kad ji yra silpnesnė, ir gali derėti pakankamai gerai, kad atlaikytų išmėginimą, jeigu argumentas apeliuojant į stabilumą yra pakankamai stiprus substanciškai. Aukščiausiasis teismas yra ne kartą taikęs Konstituciją taip, kad gavo rezultatus, kurie greičiausiai būtų pašiurpinę jos aštuonioliktojo ir devynioliktojo amžiaus iniciatorius. *Brown* byla yra vienas pavyzdys; sprendimai dėl aukščiausios bausmės skyrimo ir abortų bei rinkiminių apygardų ribų yra kiti pavyzdžiai. Vis dėlto jų yra pernelyg mažai ir dažniausiai tai pakankamai lokalūs konkrečių Teismų ir laikotarpių fenomenai, kad istoricistas galėtų juos priskirti prie klaidų. Mes negalime to teiginio tiesiog atmesti kaip akivaizdžiai nesąžiningo, kaip maskuojančio tai, kas iš tiesų yra išradinėjimas, o ne interpretacija. Mat argumentas apeliuojant į stabilumą yra visiškai nepriklausomas nuo bet kokios konkrečios pažiūros į segregaciją, aukščiausią bausmę įteisinančių ar abortą draudžiančių teisėkūros aktų teisiškumą ar teisingumą, todėl teisėjas, pripažįstantis silpną istorizmą, gali jausti varžtą, neleidžiantį jam teikti galios savo kitiems politiniams instinktams ir nuostatoms.

Todėl argumentą apeliuojant į stabilumą turime apsvarstyti kaip politinės moralės argumentą. Jis teikia šį teiginį: politinė bendruo-

menė, turinti rašytinę konstituciją, ilgalaikėje perspektyvoje bus geresnė, teisingesnė ir teisiškesnė bei kitais atžvilgiais sėkmingesnė bendruomenė, jeigu ji užsitikrina stabilumą, padarydama tos konstitucijos teisingą interpretaciją priklausomą nuo konkrečių jos autorių nuomonių, kad ir kokios pasenusios jos būtų, o ne nuo naujų bendralaikių interpretacinių sprendimų, kurie gali anoms prieštarauti. Ar tai įtikinama? Kartais teisės tikrumas yra svarbesnis dalykas negu tai, kokia yra teisė; šitai galioja, pavyzdžiui, kelių eismo taisyklėms ir galbūt normoms, definuojančioms teises ir prievoles, nustatomas komerciniu dokumentu, dėl kurio deramasi. Bet taip yra ne visuomet. Teisės kaip integralios visumos samprata yra jautri skirtingai tikrumo ir numatomumo lyginamajai vertei skirtingomis aplinkybėmis. Kai tikrumas yra ypač svarbus, kaip kad instrumentuose – derybų objektuose, faktas, jog tam tikra norma buvo pripažįstama ir taikoma praeities bylose, teiks stiprų argumentą už tos normos pripažinimą geriausioje tos teisės dalies interpretacijoje. Kai tikrumas yra reliatyviai nesvarbus, jo galia interpretaciniame argumente yra atitinkamai silpnesnė; kai pirma tai pažymėjau 4-ame skyriuje, kaip paradigmas nurodžiau konstitucines bylas.

Kitaip tariant, istoricisto politinis argumentas labiausiai kliaujasi tikrumo svarba būtent tada, kai ta dorybė yra mažiausiai svarbi geram valdymui. Kai kurių konstitucinių problemų atveju išties yra svarbiau, kad būtų fiksuota teisė, negu tiksliai nustatyti, kokia ta teisė yra. Daug svarbiau, kad būtų nustatytas prezidento kadencijos terminas ir kad tai nebūtų atvira svarstymui vis iš naujo Aukščiausiajame teisme, negu tai, koks tiksliai yra kadencijos laikotarpis. Tikrumas turi esminę reikšmę, ir šis klausimas turi turėti imunitetą egoistinių interesų ir trumpalaikio politinio oportunizmo atžvilgiu. Jeigu kūrėjai nebūtų to supratę, savo pamatinių organizacinių sprendimų nebūtų formulavę kalba, kuri pripažįsta tik vieną vienintelę interpretaciją, jų Konstitucija nebūtų atlaikiusi laiko išbandymo ir dabar nekeltų rūpesčių jurisprudencijai. Tačiau ne visi konstituciniai klausimai yra tokie kaip šie. Kai kurių klausimų atveju išties labai svarbu, kad būtų apsispręsta, tačiau tai ne visada svarbiau negu tai, kokios

yra to sutarimo detalės. Akivaizdu, jog federalinės valdžios sistemos funkcionavimui labai svarbu, kad galios paskirstymas tarp nacionalinės ir vietinės jurisdikcijos būtų kiek įmanoma preciziškesnis ir stabilesnis. Tačiau taip pat svarbu, kuriam politiniam vienetui yra priskiriama tam tikra galia ar atsakomybė: pavyzdžiui, galia reguliuoti tam tikrą komercijos formą arba atsakomybė finansuoti viešąją edukaciją arba reguliuoti edukacinę politiką. Kai konstitucinė praktika interpretuojama teisės kaip integruotos visumos sampratos pagrindu, siekiant nuspręsti, kaip Konstitucija paskirsto tam tikrą konkrečią atsakomybę tarp jurisdikcijų, atsižvelgiama į stabilumą, tačiau taip pat pažymima, jog vienas sprendimas galėtų geriau derėti su visumine federalizmo schema, kurią ta praktika konstruoja.

Esama trečios konstitucinių klausimų klasės, kurių balansas yra dar kitoks. Kai kurios klauzulės, pagal bet kokią priimtiną interpretaciją, pripažįsta individualias teises valstybės ir tautos atžvilgiu: teisę į žodžio laisvę, į deramą procesą baudžiamosiose procedūrose, į vienodą traktavimą viešųjų išteklių sistemoje, įskaitant edukaciją. Kiekvienos iš šių teisių, imant skyrium, interpretacijoje stabilumas turi tam tikros praktinės svarbos. Tačiau kadangi tai principo dalykai, turinys yra svarbesnis nei tos rūšies stabilumas. Lemiamą reikšmę kiekvienu atveju turi integralumo stabilumas: teisių sistema turi būti interpretuojama – kiek tai įmanoma – kaip išreiškianti koherentišką teisingumo viziją. Šito negalėtų pasiekti silpna istorizmo forma, kuri susaisto teisėjus konkrečiomis istorinių valstybės veikėjų, kūrusių kiekvieną iš tų teisių, nuomonėmis, tiek, kiek šios konkrečios nuomonės gali būti nustatytos, tačiau reikalauja iš jų naudoti kokį nors kitą metodą, kai kūrėjai neturėjo jokios nuomonės arba kai istorijos procese nebuvo išsaugota jokių jų nuomonės liudijimų. Tai formulė, kuri garantuotai produkuos nekoherentiškumą konstitucinėje schemoje, kurią ji generuoja, mat kūrėjai skirtingiais laikotarpiais laikėsi skirtingų konkrečių pažiūrų į tai, ko reikalauja teisingumas, taip pat todėl, kad teisėjai, pasitelkiantys neistorinius metodus, kai šios pažiūros negali būti išgautos, laikysis konkrečių nuomonių, skirtingų nuo bet kokio kūrėjo nuomonių. Griežtasis isto-

rizmas dar tvirčiau susaisto teisėjus konkrečiomis istorinėmis intencijomis: jis reikalauja, kad jie tas intencijas traktuotų kaip visiškai išsemiančias Konstituciją. Tačiau tai reiškia neigti, jog Konstitucija išreiškia principus, nes principų negalima suprasti kaip sutampančių su kokio nors istorinio valstybės veikėjo intencija, ribojama ankštų laiko, vaizduotės ir intereso ribų. Konstitucija teises traktuoja rimtai; istorizmas – ne.

PASYVIZMAS

Kai kurie dažnai pasitaikantys painiojimo atvejai

Istorizmą dera skirti nuo kitos ir dar įtakingesnės konstitucinės praktikos teorijos, kurią vadinsiu pasyvizmu. Jos šalininkai skiria tai, ką jie vadina „aktyviu" santykiu su Konstitucija, ir tai, ką vadina „pasyviu" santykiu. „Pasyvūs" Aukščiausiojo teismo teisėjai, sako jie, rodo didelį pagarbumą kitų valdžios padalinių sprendimams, o tai yra valstybiška, tuo tarpu „aktyvieji" teisėjai tuos sprendimus skelbia nekonstituciškais visuomet, kai su jais nesutinka, o tai yra tironija. Štai reprezentatyvus pasyvistinių pažiūrų išsakymas ir gynimas: „Didžiosios konstitucinės klauzulės, į kurias mūsų aktyvieji kolegos apeliuoja atšaukdami tai, ką padarė Kongresas ar prezidentas arba kokia nors valstybinė legislatūra, yra suformuluotos labai bendra ir abstrakčia kalba. Kiekvienas turės skirtingą nuomonę apie tai, ką jos reiškia. Taip pat jų reikšmės neįmanoma nustatyti taip, kaip tai padaryti tikisi istoricistai, – kreipiantis į konkrečias intencijas, mat kūrėjai dažnai neturėjo jokių intencijų, kurios būtų relevantiškos, taip pat neturime jokio patikimo būdo nustatyti intencijas, kurias jie iš tikrųjų turėjo. Šiomis aplinkybėmis demokratijos teorija reikalauja, kad patys žmonės spręstų, ar Konstitucija delegitimuoja segregaciją arba garantuoja aborto laisvę, arba ar draudžia mirties bausmę. Tai reiškia, jog paskutinis žodis šiais klausimais turi būti valstybės ir nacionalinių legislatūrų. Aukščiausiojo teismo nutartis žmonės gali panaikinti tik gremėzdišku ir mažai tikėtinu konstitucinės pataisos procesu, ku-

ris vis tiek reikalauja daug daugiau nei vien paprastos daugumos. Jie gali parodyti savo valią legislatūrai per artimiausius rinkimus."[11]

Tačiau šis pasyvizmo nusakymas suplaka skirtingus klausimus, ir savo tyrimą turime pradėti juos atskirdami. Jame, atrodo, kalbama trimis skirtingais klausimais. Pirmasis yra akto sąlygų *(the enactment)* klausimas. Kas turėtų kurti konstituciją? Ar pamatinį įstatymą turėtų parinkti neišrinkti teisėjai, skiriami iki gyvos galvos ar kokiu nors demokratiškesniu būdu teisės kūrėjų, kuriuos išrinko visi žmonės ir kurie yra šiems atskaitingi? Antrasis klausimas – jurisdikcinis. Kuri institucija, pagal Amerikos politinę schemą, turi autoritetą spręsti, ko esamoji Konstitucija, deramai interpretuojant, iš tikrųjų reikalauja? Trečiasis klausimas – teisinis. *Ko* gi esamoji Konstitucija, deramai suprantant, *reikalauja?* Kai kurie pasyvistai mano, kad jie atsakinėja į antrąjį klausimą; dauguma elgiasi taip, tarsi atsakinėtų į pirmąjį. Tačiau būtent trečiasis, teisinis klausimas, yra tas klausimas, kurį jie privalo kelti, jeigu nori, kad jų teorija turėtų kokią nors praktinę svarbą.

Marbury v. Madison byla išsprendė antrąjį, jurisdikcinį klausimą, – bent jau artimiausiai ateičiai: Aukščiausiasis teismas, nori jis to ar ne, pats privalo nuspręsti, ar Konstitucija draudžia valstijoms tam tikromis aplinkybėmis kriminalizuoti abortą. Pasyvizmas sako, jog Teismas šią galią turi realizuoti pripažindamas legislatūros atsakymą kaip savo, tačiau šis patarimas yra geras tik jeigu kyla iš teisingo atsakymo į trečiąjį, teisinį klausimą. Jeigu teisingas atsakymas į šį klausimą yra tas, jog Konstitucija išties draudžia valstijoms kriminalizuoti abortą, tai priešingos legislatūros nuomonės diegimas būtų Konstitucijos *pataisa* būtent ta prasme, kuria pasyvizmui jis yra atgrasus. Lygiai taip pat pirmasis – akto sąlygų – klausimas priklauso nuo trečiojo, teisinio. Pasyvistai kritikuoja teisminę teisėkūrą konstituciniu lygmeniu; jie sako, jog demokratija reiškia, kad pamatinę teisę turi kurti žmonės. Tačiau šios patrauklios propozicijos reikšmė priklauso – ir vėl – nuo konkretaus atsakymo į trečiąjį – teisinį klausimą. Jeigu Konstitucija, deramai interpretuojant, nedraudžia aukščiausios bausmės, tuomet, žinoma, teisėjas, skelbdamas, jog yra nekonstituciška,

jei valstijos baudžia nusikaltėlius mirtimi, keistų Konstituciją. Tačiau jeigu Konstitucija, deramai interpretuojant, išties draudžia aukščiausią bausmę, teisėjas, kuris *ne*atšauktų valstijos įstatymų, numatančių mirties bausmes, keistų Konstituciją teisėkūros aktu, uzurpuodamas autoritetą ir pamindamas konstitucinį principą. Kitaip tariant, teisės klausimas yra neišvengiamas. Pasyvizmą turime suprasti kaip skelbiantį, jog, kaip teisės dalykas, abstrakčiosios Konstitucijos klauzulės nesuteikia piliečiams *jokių* kitų teisių, išskyrus konkrečias teises, kurios nekontroversiškai kyla išskirtinai iš šių klauzulių kalbos. Antraip visas jo piktinimasis dėl teisminės uzurpacijos, visas jo demokratinis įkarštis yra nereikšmingi teisinei praktikai, tik dėmesio nukreipimas.

Jeigu griežtasis konvencionalizmas būtų geriausia bendra Amerikos teisinės praktikos interpretacija, tai ta asketiška pažiūra į konstitucines teises išties būtų teisinga interpretacija. Bet kadangi yra ginčijama, ar, pavyzdžiui, deramo proceso klauzulė arba vienodos apsaugos klauzulė draudžia valstijoms kriminalizuoti abortus, ir net tarp konstitucijos teisininkų nesama konsensuso, kaip reikia spręsti šį klausimą, konvencionalistas turi neigti, jog, teisės požiūriu, Konstitucija draudžia tokią teisėkūrą. Taigi konvencionalistas, kuris sakytų, jog Aukščiausiasis teismas vis vien turėtų abortą draudžiančius įstatymus paskelbti nekonstituciškais, iš tiesų suponuotų, jog pamatinis nacijos įstatymas turėtų būti kuriamas visam gyvenimui paskirtų pareigūnų, o peržiūrėti jį galėtų tiktai neeilinės mažumos, apibrėžiamos Konstitucijos pakeitimo proceso. Tačiau šitai tik papildo dar vienu argumentu mūsų 4-ame skyriuje pažymėtus argumentus, aiškinančius, kodėl konvencionalizmas yra vargana Amerikos teisės interpretacija; jeigu pasyvizmas priklauso nuo konvencionalizmo, mes jau esame jį atmetę. Pagal teisės kaip integralios visumos sampratą, kontroversiški konstituciniai klausimai reikalauja interpretacijos, o ne daryti pataisas. Teismai ir legislatūros, pareigūnai ir piliečiai su šiais klausimais susiduria taikydami reguliatyviąją prielaidą, jog paprastai viena interpretacija – viena pažiūra į tai, ko žodžio laisvė ar vienoda apsauga, ar deramas procesas iš tikrųjų reikalauja, – teikia

geresnį esamos konstitucinės praktikos pateisinimą negu bet kuri kita: kitaip sakant, jog viena interpretacija yra geresnis atsakymas į trečiąjį – teisės – klausimą. Žinoma, pirmosios rūšies klausimai, akto sąlygų klausimai, tam tikruose kontekstuose yra priimtini. Galbūt nacijos Konstitucija turėtų būti kitokia nei dabar; galbūt jos gyvenimo toliau nebeturėtų reguliuoti principai, kurie teikia geriausią jos ligšiolinės konstitucinės istorijos pateisinimą. Tačiau Konstitucija teikia nepaneigiamai aiškų atsakymą į klausimą, kaip šie atskiri akto sąlygų klausimai turėtų būti sprendžiami. Tai pataisos, o ne interpretacijos klausimai, o Konstitucija aiškiai sako, jog pataisos negali būti priimamos niekaip kitaip, išskyrus tą keblų būdą, kurį ji nurodo. Galbūt ir tai būta klaidos. Galbūt, priešingai nei mano dauguma šių dienų amerikiečių, dabartinė dauguma turėtų turėti galią keisti pamatinį įstatymą, pavyzdžiui, referendumo keliu. Tačiau tai taip pat ne mūsų klausimas.

Ar gali pasyvistas savo griežtą atsakymą į teisinį klausimą apginti kokiu nors kitu būdu, ne apeliuodamas į konvencionalizmą? Kai kurie pasyvistai vietoj konvencionalizmo kliaujasi skepticizmu. Geriausia abstrakčiųjų Konstitucijos klauzulių interpretacija, – sako jie, – netgi pagal teisės kaip integruotos visumos sampratą, yra skeptinė interpretacija, anot kurios šios klauzulės nei leidžia, nei draudžia tai, kas peržengia tai, kas kyla iš griežčiausio vien tik tos kalbos, kuria tos klauzulės parašytos, perskaitymo. Jeigu šitai būtų tiesa, tai, pavyzdžiui, bet koks Teismo sprendimas dėl aborto būtų nepripažinta Konstitucijos pataisa. Tuomet kiltų relevantiškas akto sąlygų klausimas: visai galimas dalykas, jog būtų geriau, – nes šiek tiek demokratiškiau, – jei Teismas akceptuotų valstijos legislatūros pažiūrą į tai, kaip turėtų būti nenusižengiant stabilumui pripažinta Konstitucija, užuot primetęs savo paties priešingą nuomonę. Tačiau ar turi pasyvistas kokį nors argumentą savo skepticizmui pagrįsti?

Argumentas, kurį jis turi galvoje, yra pakankamai įprastas; su juo jau esame susidūrę anksčiau. „Tas, kuris vieną deramo proceso ar lygios apsaugos klauzulės intepretaciją manys esant geresnę už kitą, taip manys tik dėl to, kad vieną teisiškumo ar lygybės teoriją jis ma-

no esant geresnę už kitą. Tačiau teisiškumo ir lygybės teorijos yra tik subjektyvios; nesama teisingo atsakymo į klausimą, kuri yra geriausia, yra tik skirtingi atsakymai".[12] Tačiau jeigu šitai yra apeliacija į išorinį skepticizmą dėl politinės moralės, konstitucinei praktikai ji nerelevantiška dėl priežasčių, kurias aiškinomės 2-ame skyriuje ir dar kartą 7-ame skyriuje. Be to, šis argumentas pats save paneigia, mat jis taria, jog esama teisingo atsakymo į klausimą, kurį *jis* klausia – į teisingumo klausimą, kieno nuomonės turėtų viešpatauti, kai klausimas yra tik nuomonės dalykas. Na o jeigu pasyvisto skepticizmas yra globalus vidinis skepticizmas dėl moralės apskritai, tai jis visiškai dogmatiškas, nes neteikia jokio moralinio argumento iš tos rūšies argumentų, kurių reikalauja vidinis moralinis skepticizmas, be to, jis vis vien save paneigia, nes jo paties moralinei pozicijai – jog yra teisingiau, jeigu Konstitucijos pataisas padaro legislatūra, o ne teismas – jo globalusis skepticizmas negalioja. Jeigu teisingas atsakymas į visus klausimus dėl politinių mažumų teisių yra tas, jog teisingo atsakymo nesama, tai kaip gali egzistuoti teisingas atsakymas į klausimą, kieno opinijos turėtų mus valdyti? Kad ir koks populiarus, argumentas apeliuojant į skepticizmą yra itin nevykęs.

Teisiškumas, teisingumas ir daugumos valdžia

Taigi nėra jokio trumpo kelio, kuriuo pasyvizmas prieitų negatyvų atsakymą, jo visuomet teikiamą kontroversiškais konstituciniais atvejais. Jis taria, jog visos abstrakčiosios klauzulės, garantuojančios individualias teises mažoritarinių sprendimų atžvilgiu, deramai interpretuojamos tuomet, kai interpretuojamos labai siaurai, jog jos draudžia tik tai, ką nekontroversiškai draudžia jų kalba. Jis turi apginti šią prielaidą tokiu interpretaciniu argumentu, kokio reikalauja teisė kaip integrali visuma. Ar tas siauras perskaitymas yra gera Amerikos konstitucinės praktikos interpretacija? Su ta praktika jis dera šiek tiek geriau nei istorizmas, tačiau nedera labai gerai: daugelio Aukščiausiojo teismo praeities sprendimų, įskaitant *Brown* bylą, nebūtų galima pateisinti pasyvistinio aiškinimo pagrindu, todėl juos

reikėtų laikyti klaidomis. Kita vertus, dauguma teisininkų ir dabar mano, jog kai kurie iš sprendimų, su kuriais pasyvizmas nedera, buvo klaidingi: *Dredo Scotto* byla[13], kurioje teisėjai atšaukė Misurio kompromisą *(the Missouri Compromise)*, nes manė, jog vergų savininkai turi konstituciškai užtikrintas teises į savo vergus, bei *Lochnerio* byla[14], kurioje jie sakė, jog valstybė, neleisdama samdomam kepėjui be pertraukos dirbti ilgiau nei tam tikrą ribotą skaičių valandų, pamina laisvę. Pasyvistinė nuostata yra turėjusi didelę paramą teisminėse nuomonėse ir akademiniuose mokslo traktatuose kone visais konstitucinės istorijos etapais. Todėl išties galėtume manyti, jog pasyvizmas tenkina slenkstinį dermės testą pagal pirmąją interpretacijos dimensiją; tad turime imtis sudėtingesnio klausimo: kaip jis išlaiko kitus, substantyvesnius testus. Ar konstitucinė praktika kokiu nors atžvilgiu darytų geresnį įspūdį, jeigu konstituciniai varžtai būtų labai siauri ir leistų legislatūroms daryti beveik viską, ko nori dauguma?

Šis klausimas reikalauja sudėtingo sprendinio, kurio struktūrą aiškinomės ankstesniuose skyriuose. Mes pripažįstame įvairias politines dorybes, kurios gali viena su kita konkuruoti, pavyzdžiui, sprendžiant, kuri lygios apsaugos ar deramo proceso klauzulės interpretacija padarytų jas geresnes politinės moralės požiūriu. Teisiškumas yra viena iš šių dorybių: lygios apsaugos interpretacija yra geresnė, *pro tanto*, jeigu įgalina artėti prie to, ko iš tikrųjų reikalauja teisiškumas. Tačiau kita dorybė yra teisingumas: interpretacija taip pat yra geresnė, *pro tanto*, jeigu ji atspindi įsitikinimus, dominuojančius ar bent jau populiarius bendruomenėje kaip visumoje, o ne tuomet, kai išreiškia įsitikinimus, nepopuliarius ar netoleruojamus joje. Šią struktūrą mes galime naudoti identifikuodami argumentus, kuriuos galėtų teikti pasyvistas, kad parodytų, kodėl jo bendras Konstitucijos aiškinimas, kuris jos varžtus mažoritarizmui interpretuoja labai siaurai, daro ją patrauklesniu dokumentu.

Ar Konstitucija yra teisingesnė, jeigu jos varžtai mažoritarinei valdžiai yra minimalūs? Taip gali būti manoma dėl dviejų skirtingų priežasčių. Pirmoji priežastis yra paprasta. Tas, kuris sutinka su Benthamu (ir su kai kuriais marksistais bei komunitaristais), jog žmonės

neturi jokių teisių kaip individai, visiškai įmanoma, kad jis manys, jog Konstitucija yra juo geresnė, juo mažiau suvaržymų ji nustato daugumos valiai. Ar bent jau kad bet kokie varžtai turėtų būti sukurti taip, kad gintų demokratinį legislatyvinio proceso pobūdį, o ne varžytų daugumos aktualių norų ar reikalavimų įgyvendinimą.[15] Tačiau šis tiesmukas argumentas už pasyvizmą nebūtų įtaigus daugumai amerikiečių, kurie nepripažįsta tokios pažiūros į teisingumą.

Antrasis argumentas, apeliuojantis į teisiškumą, neneigia, jog individai daugumos atžvilgiu turi teises kaip teisiškumo užtikrinamą dalyką. Jis oponuoja konstituciniams suvaržymams dėl sudėtingesnės priežasties – tos, jog ilgalaikės perspektyvos požiūriu labiau tikėtina, jog geresnę teoriją, aiškinančią, kokių teisių reikalauja teisiškumas, išplėtos legislatūros, o ne teismai, mėgindami interpretuoti miglotą abstrakčių konstitucinių provizijų kalbą. Esama akivaizdaus prieštaravimo šiam teiginiui. Labiau tikėtina, jog teisės kūrėjai, kurie yra išrinkti ir turi būti renkami iš naujo politinės daugumos, bus tos daugumos pusėje bet kokiame rimtame ginče dėl mažumos teisių jos atžvilgiu; jeigu jie oponuoja daugumos norams pernelyg griežtai, ji juos pakeis kitais, kurie neoponuos. Dėl šios priežasties atrodo mažiau tikėtina, kad teisės kūrėjai padarys protingus sprendimus dėl mažumos teisės, nei tai, jog juos padarys pareigūnai, kurie tuo atžvilgiu yra ne tokie pažeidžiami. Tai nereiškia, jog teisėjai, apsaugoti nuo daugumos pretenzijų, yra žmonės, idealiai tinkami spręsti dėl šių teisių. Teisėjai yra savaip ideologiškai ir asmeniškai suinteresuoti bylų baigtimi ir taip pat gali būti tironiški. Tačiau nesama *a priori* priežasties manyti, jog jie yra ne tokie kompetentingi politiniai teoretikai, palyginti su valstybės teisės kūrėjais ar teisingumo ministrais.

Istorija taip pat nesugestijuoja, kad jie yra mažiau kompetentingi. Pasyvistai nurodo *Lochnerio* bylą bei kitas bylas, kuriose Aukščiausiasis teismas klaidingai – kaip dabar pripažįstama – apeliavo į individualias teises, kad užkirstų kelią ar suvaržytų pageidaujamas ir teisingas legislatyvines programas. Tačiau sprendimų, dėl kurių verta apgailestauti, būtų dar daugiau, jeigu Teismas būtų besąlygiškai pripažinęs pasyvizmą: pavyzdžiui, pietinės mokyklos ko gero dar

būtų segreguotos. Išties, jeigu reikėtų surinkti Teismo sprendimus, dėl kurių konstitucinės istorijos procese daugiausia apgailestauta, rastume daugiau tokių sprendimų, kuriuose jo klaida buvo ta, kad jis neįsikišo, kai, kaip dabar manome, konstituciniai teisingumo principai reikalavo įsikišimo. Amerikiečiai labiau didžiuotųsi savo politine istorija, jeigu joje nebūtų, pavyzdžiui, *Plessy* bylos arba *Korematsu* bylos.[16] Abiem šiais atvejais mažoritarinės legislatūros sprendimas buvo didžiai neteisingas ir, kaip dabar yra įsitikinę dauguma teisininkų, nekonstituciškas; mes apgailestaujame, kad Aukščiausiasis teismas neįsikišo Konstitucijos vardu teisiškumo labui.

Taigi jeigu esama gerų politinių argumentų už pasyvizmą, jų reikia ieškoti antrojoje argumentacijos linijoje – politinio teisingumo idėjoje. Tačiau pasyvistas, kuris apeliuoja į teisingumą, privalo apginti du abejotinus teiginius. Jis turi įrodyti, pirma, jog teisingumas, deramai suprantant, reikalauja, kad bet kokioje legislatyvinėje jurisdikcijoje daugumą balsuotojų mažumos atžvilgiu varžytų tik tie principai, kuriuos jie patys palaiko ar bent jau pripažįsta tuo momentu, kai pareikalaujama juos suvaržyti. Jis privalo įrodyti, antra, jog politinis teisingumas, taip suprantant, yra pirmaeilės svarbos dalykas konstituciniame kontekste, jog jam turi būti nuolat atiduodama pirmenybė teisiškumo atžvilgiu, kai manoma, kad teisingumas ir teisiškumas konfliktuoja. Šie du teiginiai, paimti drauge, su bendra Konstitucijos struktūra dera netgi dar prasčiau negu pasyvizmo išvados apie pagarbumą dera su konstitucine praktika, nes jie negali paaiškinti aiškių ir preciziškų varžtų, tokių kaip procedūriniai Konstitucijos reikalavimai baudžiamiesiems procesams. Jeigu tie du teiginiai būtų pagrįsti, varžtai būtų nebūtini, kai dauguma juos pripažintų kaip deramus, ir neteisingi, kai ji jų nepripažintų. Todėl bet kokia kompetentinga Konstitucijos kaip visumos interpretacija turi pripažinti, priešingai tiems dviem pasyvisto teiginiams, jog kai kurios konstitucinės teisės yra sukurtos būtent tam, kad neleistų daugumoms vadovautis savo įsitikinimais dėl to, ko reikalauja teisiškumas. Konstitucija reikalauja, kad teisingumas, suprantant jį taip, kaip jį privalo suprasti pasyvistas, turi nusileisti tam tikroms fundamentalioms teisėms. Ta-

čiau kai pasyvisto pažiūra į teisingumo pobūdį ir svarbą atmetama konstitucinėje interpretacijoje, mat negali paaiškinti eksplicitiškų konstitucinių teisių, jos negalima vėl sugrąžinti kaip turinčios lemiamąją reikšmę kontroversiškose bylose, kurios klausia, kokiu mastu integralumas reikalauja, kad iš šių eksplicitiškų teisių būtų išvedamos implicitiškos teisės, kurios dar nepripažintos.

Šie du pasyvisto teiginiai nėra įtikinami ir substancijos atžvilgiu, kaip paaiškinimas, ką turėtų reikšti teisingumas idealioje konstitucinėje struktūroje. Teisingumas konstituciniame kontekste nereikalauja, kad kokios nors klauzulės interpretacija būtų labai smerkiama, jeigu ji remiasi teisiškumo principais, kurie neturi jokio autoriteto Amerikos istorijoje ir kultūroje, kurie nevaidino jokio vaidmens nacionalinės savistabos ir debatų retorikoje. Kitaip tariant, teisingumas reikalauja pagarbos stabiliems ir abstraktiems nacionalinės politinės kultūros bruožams, o ne vietinės ar laikinos politinės daugumos pažiūroms vien dėl to, kad šios švenčia sėkmę tam tikra konkrečia politine proga. Jeigu rasinė segregacija pažeidžia lygybės principus, apskritai pripažįstamus šalyje, teisingumas nepažeidžiamas, kai kai kurių valstijų daugumoms nepripažįstama teisė vykdyti segregaciją. Jeigu tautos istorijoje apskritai tvirtinama moralinės nepriklausomybės idėją tačiau tokia nepriklausomybė nepripažįstama homoseksualams, nors tokios atskirties negalima net pakankamai įtikinamai pateisinti pagal principą, teisingumas nepažeidžiamas reikalaujant koherentiško tos idėjos įgyvendinimo.

Galime reziumuoti. Pasyvizmas iš pirmo žvilgsnio atrodo patraukli teorija, aiškinanti, kokiu mastu paskirtieji teisėjai turėtų diktuoti savo valią politinėms daugumoms. Tačiau kai įdedame šiek tiek daugiau pastangų, kad atskirtume skirtingus klausimus, kuriuos jis suplaka, jo intelektualiniai pamatai rodosi vis silpnesni. Tai turi būti teorija – arba jis turi apimti teoriją apie tai, kokia Konstitucija, kaip pagrindinis įstatymas, jau yra, o tai reiškia, jog tai turi būti konstitucinės praktikos, suprantant plačiai, interpretacija. Pasyvizmas su ta praktika dera tik varganai ir ją parodo palankiausioje šviesoje tik jeigu tariame, jog teisiškumo požiūriu individai neturi jokių teisių,

saugančių juos politinių daugumų atžvilgiu, o štai yra priešiška mūsų konstitucinei kultūrai, arba kad teisingumas, apibrėžiamas specialiu būdu, kuris nesiskaito su pačia konstitucinių teisių idėja, yra pirmaeilė konstitucinė dorybė. Jeigu atmetame šias nepatrauklias idėjas, atmetame pasyvizmą. Ar tai reiškia, kad turime pripažinti priešingą teoriją, teoriją vaikams gąsdinti *(the bogeyman theory)*, kurią pasyvistai vadina „aktyvizmu"?

Aktyvizmas yra kenksminga teisinio pragmatizmo forma. Aktyvistas teisėjas ignoruotų Konstitucijos tekstą, jos priėmimo istoriją, ją interpretuojančius ankstesnius Aukščiausiojo teismo sprendimus, ir ilgalaikes mūsų politinės kultūros tradicijas. Jis visa tai ignoruotų, kad kitiems valdžios padaliniams primestų savo pažiūrą į tai, ko reikalauja teisiškumas. Teisės kaip integralios visumos samprata smerkia aktyvizmą ir bet kokią jam artimą konstitucinio bylų sprendimo praktiką. Ji reikalauja, kad teisėjai teiktų galią Konstitucijai interpretacija, o ne dekretais, o tai reiškia, kad jų sprendimai turi derėti su konstitucine praktika, o ne ją ignoruoti. Interpretacinis spręsmas *(judgment)* sudėtingu būdu, kurį aiškinomės keliuose skyriuose, aktyvuoja politinę moralę. Tačiau jis įgyvendina ne tik teisiškumą, bet ir įvairias kitas politines dorybes, iš kurių kai kurios konfliktuoja su kitomis ir jas varžo. Viena iš šių dorybių yra teisingumas: teisės kaip integralios visumos samprata yra jautri nacijos politinėms tradicijoms ir kultūrai, taigi ir teisingumo sampratai, kuri yra verta konstitucijos. Pasyvizmo alternatyva yra ne šiurkštus aktyvizmas, priklausomas vien nuo teisėjo teisiškumo jausmo, o subtilesnis ir skirtumams jautrus sprendimas, kiekvieną bylą suvokiantis individualiai, teikiantis erdvę daugeliui politinių dorybių, tačiau, kitaip nei aktyvizmas arba pasyvizmas, neleidžiantis nė vienos iš jų tironijos.

Baigėme trumpą akademinės konstititucinės teorijos Jungtinėse Valstijose esamos būklės apžvalgą. Gal bus pravarti viena baigiamoji pastaba. Pateikiau argumentų prieš istorizmą ir pasyvizmą kaip bendras Amerikos konstitucinės praktikos interpretacijas. Aš netvirtinau, jog kiekviena tauta turėtų turėti rašytinę konstituciją, į kurią įeitų abstrakčios provizijos dėl individualių teisių, arba kad kiekviena to-

kia konstitucija turėtų būti interpretuojama teismo, kurio nariai yra skiriami būtent tuo būdu, kuriuo skiriami Aukščiausiojo teismo teisėjai. Įmanoma ne viena kitokia organizacijos forma nei tos, kurios dabar įsigalėjusios Amerikos teisinėje praktikoje, ir kai kurios tikrai gali būti geresnės, žvelgiant idealios teorijos požiūriu. Šioje mūsų bendresnės argumentacijos vietoje mes susiduriame su interpretaciniu paprastos, o ne idealios teorijos klausimu. Amerikos teisėjams ir teisininkams reikia jų konstitucinės praktikos interpretacijos, efektyvios ir visa apimančios, vertinant pagal bet kokios interpretacijos dimensijas. Pasyvizmas ir istorizmas negali suteikti deramos intepretacijos. Galime pasimokyti iš jų nesėkmės: turėtume būti įtarūs bet kokio automatizmo atžvilgiu, apriorinės tendencingos interpretacinės strategijos, diktuojančios sprendimą, kokia yra konstitucija, atžvilgiu. Šiuo draugišku perspėjimu vėl atveriama scena naujam startui.

HERAKLIS OLIMPE

Heraklis sulaukia paaukštinimo, nepaisant nepaprastos ir kartais nepakeliamos jo nuomonių žemesniuose teismuose apimties. Jis pradeda dirbti Jungtinių Valstijų Aukščiausiajame teisme – tampa Teisėju Herakliu. Tarkime, jog *Brown* byla – paskutinioji iš mūsų parinktųjų bylų, su kuriomis pirmą kartą susidūrėme 1-ame skyriuje, – dar nespręsta. Dabar ji tenka Heraklio Teismui – tokiam, koks buvo 1953 metais. Ieškovai moksleiviai sako, jog rasiškai segreguotų Kanzaso viešųjų mokyklų schema yra nekonstituciška, nes ji jiems nepripažįsta vienodos teisės apsaugos, – nepaisydami tos schemos ilgos istorijos visose pietinėse valstijose ir nepaisydami paties Teismo iš akivaizdžiai priešingo sprendimo byloje, keliančioje tuos pačius klausimus, *Plessy v. Ferguson*, sprendimo, galiojusio nuo 1896 metų.[17] Kaip į šias teisines pretenzijas atsako teisės kaip integruotos visumos šalininkas?

Konstitucija galiausiai yra tam tikras įstatymas, o Heraklis žino, kaip elgtis su įstatymais. Kiekvieną įstatymą jis interpretuoja taip, kad jo istoriją padarytų, į viską atsižvelgiant, geriausią, kokia ji gali

būti. Tai reikalauja politinių sprendimų, tačiau šie sprendimai yra specialūs ir sudėtingi ir jokiu būdu ne tokie kaip tie, kuriuos jis darytų, jeigu pats balsuotų dėl įstatymo, susijusio su tais pačiais klausimais. Jo paties įsitikinimus dėl teisiškumo ar išmintingos politinės nuostatos jo visa apimančiame interpretaciniame sprendime varžo ne tik įstatymo tekstas, bet ir įvairūs teisingumo ir integralumo motyvai. Šią strategiją jis naudos ir savo naujojoje pozicijoje, bet kadangi Konstitucija yra nepaprastas įstatymas, jis sukurs ypatingą tos strategijos versiją, taikytiną konstitucinėms byloms. Įstatymams taikomą strategiją jis išplėtos į darbinę konstitucinio teisėjavimo teoriją.

Konstitucija nuo eilinių įstatymų skiriasi viena išskirtine charakteristika. Konstitucija pagrindžia kitą teisę, todėl Heraklio šio dokumento kaip visumos ir jo abstrakčiųjų klauzulių interpretacija turi būti taip pat pagrindžiamoji. Ji turi derėti su pačiomis pamatinėmis politinės galios sąrangomis bendruomenėje ir jas pateisinti, o tai reiškia, jog tai privalo būti pateisinimas, išvestas iš pačių filosofiškiausių politinės teorijos plotmių. Teisininkai visuomet yra filosofai, nes jurisprudencija yra bet kokio teisininko aiškinimo, kokia teisė yra, dalis, net kai jurisprudencija nėra atskirta ir lieka mechaniška. Konstitucinėje teorijoje filosofija yra arčiau argumento paviršiaus, o jeigu ta teorija yra gera, tai filosofija joje išreiškiama eksplicitiškai.

Tačiau dabar tinkamas metas pakartoti vieną iš įspėjimų, mano išsakytų anksčiau. Heraklis mūsų tikslui naudingas todėl, kad jis yra laisvas susikoncentruoti į principo klausimus, kurie, pagal teisės kaip integralios visumos sampratą, konstituoja jo administruojamą konstitucinę teisę. Jam nereikia nerimauti dėl to, kad spaudžia laikas ir tvarkaraštis, taip pat jam nesunku – kitaip nei bet kuriam mirtingam teisėjui – net savo pradiniuose teisės apibūdinimuose rasti kalbą ir argumentą, pakankamai jautrius skirtumams, kad įgalintų padaryti tuos patikslinimus, kuriuos jis jaučia esant būtinus. Dabar galime pridurti, kad jam nekelia rūpesčio ir tolesnė praktinė problema, kuri konstitucinėse bylose yra itin sunki. Tikras teisėjas kartais turi pakoreguoti tai, ką jis mano esant teisinga principo, taigi ir teisės, požiū-

riu, kad gautų kitų teisėjų balsus ir jų bendrą sprendimą padarytų pakankamai priimtiną bendruomenei, kad ši konstituciniu lygmeniu toliau veiktų principo bendruomenės dvasia. Mes pasitelkiame Heraklį, kad abstrahuotumėmės nuo šių praktinių klausimų, kaip privalo daryti bet kokia gera analizė, kad kompromisus, kuriuos tikri teisėjai mano esant reikalingus, galėtume suprasti kaip kompromisus su teise.

RASINĖS LYGYBĖS TEORIJOS

Dabar domimės Heraklio darbine teorija, aiškinančia tas Konstitucijos dalis, kurios skelbia individualias konstitucines teises valstybės atžvilgiu, ir konkrečiai jo vienodos apsaugos klauzulės teorija. Jis pradės nuo abstrakčios egalitarinės idėjos, jau diskutuotos 8-ame skyriuje. Anot jos, valdžia visus savo piliečius turi traktuoti kaip lygius štai kokia prasme: politiniai sprendimai ir tvarka turi užtikrinti vienodą rūpinimąsi visų likimu. 8-ame skyriuje svarstėme, kaip valstybė, kuri gerbia tą abstraktų principą, turėtų skirstyti nuosavybę ir reguliuoti privačios nuosavybės panaudą. Išskyrėme įvairias lygybės sampratas – libertarinę, utilitarinę, apeliuojančią į gerovę *(welfarist)* bei išteklių sąvoka grindžiamą sampratas – iš kurių kiekviena teikė šiek tiek kitokį atsakymą į tą klausimą. Taip pat pažymėjome perskyrą, prie kurios dabar turime grįžti, kad išplėtotume.

Skyrėme visa apimančias, kolektyvines strategijas, kurias valdžia naudoja bendram interesui, kaip politinės nuostatos dalykui, užtikrinti, ir individualias teises, kurias ji pripažįsta, kaip principo dalyką, kaip kozirius prieš tas kolektyvines strategijas. Heraklis dabar iškelia ignoruotą klausimą, turintį fundamentalią svarbą konstitucinei teorijai. Kokiu mastu Konstitucija riboja Kongreso ir kelių valstijų laisvę priimti savus sprendimus dėl politinės nuostatos ir principo dalykų? Ar Konstitucija, deramai interpretuojant, nustato konkrečią lygybės sampratą, kurios kiekviena valstija privalo laikytis savo kolektyviniuose politinės nuostatos sprendimuose, pavyzdžiui, savo bendroje nuosavybės skirstymo ir reguliavimo schemoje? Jeigu ne,

ar ji nustato – lygybės vardu – tam tikras individualias teises, kurias privalo gerbti kiekviena valstija, kaip kozirius prieš jos kolektyvinius politinės nuostatos sprendimus, kad ir kokią lygybės sampratą ta valstija yra pasirinkusi?

Tai atskiri klausimai, ir ši perskyra yra svarbi. Į pirmąjį klausimą Heraklis atsakys negatyviai. Konstitucijos negalima prasmingai interpretuoti kaip reikalaujančios, kad tauta ar kiekviena valstija laikytųsi utilitarinės ar libertarinės, ar išteklių lygybe besiremiančios egalitarinės, ar bet kokios kitos konkrečios lygybės sampratos savo bendros gerovės siekimo strategijose. Konstitucija išties reikalauja, kad kiekviena jurisdikcija pripažintų abstraktų egalitarinį principą, pagal kurį žmonės turėtų būti traktuojami kaip lygūs, taigi – kad kiekviena gerbtų *kokią nors* įtikinamą lygybės sampratą kiekviename savo sprendime dėl nuosavybės ir kitų politinės nuostatos dalykų. (Šis reliatyviai liberalus konstitucinis standartas yra mažų mažiausiai dalis to, ką konstituciniai teisininkai vadina, šiek tiek klaidinamai, „racionalumo" reikalavimu.) Antrasis klausimas, dėl individualių konstitucinių teisių, ginančių bet kokio kolektyvinio pateisinimo atžvilgiu, yra kitas dalykas. Mat Heraklis, be abejo, savo išvadą išves iš konstitucinės istorijos ir praktikos: nors Konstitucija kiekvienai valstijai palieka laisvę politinės nuostatos dalykuose, laisvę, kurią varžo tik ką tik nusakytasis apribojimas, – ji reikalauja, kad kiekviena valstija pripažintų tam tikras teises, patikslinančias bet kokį kolektyvinį pateisinimą, kurį ji naudoja, bet kokią pažiūrą, kurios ji laikosi bendro intereso klausimu. Lemiamą reikšmę tuomet turi interpretacinis klausimas, kokios yra tos teisės.

Herakliui dabar rūpi viena tariamų konstitucinių teisių grupė. Atrodo akivaizdu, jog Konstitucija suteikia galią kokiai nors individualiai teisei, neleidžiančiai tapti oficialios, valstijos diegiamos rasinės diskriminacijos auka. Tačiau koks yra tos teisės pobūdis ir kokios yra tos teisės dimensijos? Jis sukonstruoja tris teisės, saugančios nuo rasinės diskriminacijos, paaiškinimus. Kiekvieną iš jų jis testuos kaip kompetentingą konstitucinės praktikos interpretaciją pagal Keturioliktąją pataisą.

1. *Įtartinos klasifikacijos.* Pirmasis aiškinimas taria, jog teisė, saugant nuo diskriminacijos, tėra bendresnės žmonių turimos teisės pasekmė – teisės būti traktuojamiems kaip lygiems pagal tą lygybės sampratą, kurios laikosi jų valstija. Kitaip sakant, jis taria, jog žmonės neturi jokios atskiros teisės netapti rasinės ir kitokios diskriminacijos aukomis – jie turi tik tai, ką jiems jau užtikrina racionalumo varžtas. Jeigu valstija bendrai laikosi kokios nors pažiūros į bendrąją gerovę, tokios kaip ta, kurią teikia utilitarizmas arba išteklių lygybės samprata, besiremianti rinkos modeliu, kurioje kai kurių nuostolius atsveria nauda kitiems, tai diskriminacijos neleidžiantį konstitucinį standartą ji tenkina tiesiog kiekvieno gerovę ar pasirinkimus traktuodama vienodai. Pagal šį aiškinimą, rasė ir panašūs atskyrimo pagrindai yra specialūs vien dėl to, kad istorija sugestijuoja, jog kai kurių grupių atveju labiau tikėtina, palyginti su kitomis, kad į jų interesus nebus deramai atsižvelgiama, tad į politinius sprendimus, sąlygojančius jų prastą padėtį, turėtų būti žvelgiama su specialiu įtarumu. Nors teismai paprastai neperžiūrinės politinių sprendimų, kurie kai kurioms grupėms yra naudingesni negu kitoms, jeigu nėra parodoma, kad jie yra „iracionalūs" ką tik aprašytąja prasme, jie skirs tiems sprendimams ypatingą dėmesį, kai nenaudą patiria istorijoje neteisingai traktuotos mažumos.

Vis dėlto standartas tik reikalauja, kad į šių grupių interesus būtų deramai atsižvelgiama visa apimančiame balanse, ir valstija gali tenkinti tą standratą net jeigu traktuoja jas skirtingai negu kitas. Pavyzdžiui, ji galėtų pateisinti segreguotas mokyklas parodydama, jog integracija sąlygotų edukacijos sąlygų nuosmukį, nes pamintų senas rasinio atsiskyrimo tradicijas, ir kad tuomet žala baltiesiems vaikams bus ne šiaip didesnė už bet kokią naudą juodaodžiams vaikams, bet žymiai šią pranoks, net laikant šią naudą vienodai svarbią savaime kiekvienam pavieniam vaikui. Ji galėtų pridurti, kad įranga ir priemonės, kurias ji skyrė juodaodžiams, nors ir yra atskiros, savo kokybe vis dėlto yra vienodos. Arba, net jei jos nėra vienodos, – jog jų negalima pagerinti niekaip kitaip, o tik specialiai skiriant lėšų, taigi kiekvieno juodaodžio vaiko intere-

sus visa apimančioje kalkuliacijoje laikant svarbesniais už kiekvieno iš didesnio skaičiaus baltųjų vaikų interesus.

2. *Neleidžiamos kategorijos.* Antroji teorija Heraklio sąvade tvirtina, jog Konstitucija pripažįsta atskirą teisę, saugančią nuo diskriminacijos, kaip kozirį prieš bet kokią valstybės nustatomą bendrojo intereso sampratą. Tai teisė į tai, kad tam tikros savybės ar kategorijos, įskaitant rasę, etninę kilmę ir galbūt lytį, nebūtų naudojamos išskirti piliečių grupes turint tikslą jas traktuoti skirtingai, net kai atskyrimas sukurs palankias sąlygas bendrajam interesui pagal kitais atžvilgiais liberalią sampratą. Pagal šį aiškinimą, rasiškai segreguota mokyklų sistema yra nekonstituciška visomis aplinkybėmis.

3. *Neleidžiami šaltiniai.* Trečioji teorija pripažįsta kitokią specialią teisę, saugančią nuo diskriminacijos. Dauguma lygybės sampratų, įskaitant utitlitarizmą ir išteklių egalitarizmą, viešąjį interesą, taigi ir deramą politinę nuostatą, daro įtaką jautrių žmonių orientacijoms, preferencijoms ir pasirinkimams. Tokiai sampratai įsipareigojusi bendruomenė manys, kad tam tikri politinės nuostatos sprendimai yra protingi paprasčiausiai dėl to, jog preferencijos ir pasirinkimai yra paskirstomi tam tikru būdu: faktas, kad daugiau žmonių nori sporto stadiono, o ne operos rūmų, arba jog tie, kurie nori stadiono, nori jo daug labiau, pateisins jo statymą patvirtinantį pasirinkimą be jokios prielaidos, kad tie, kurie jam teikia pirmenybę, yra vertesni arba kad jų preferencijos labiau gerbtinos. Trečioji teorija tvirtina, jog žmonės turi teisę, saugančią nuo šios rūšies kolektyvinio pateisinimo, teisę į tai, kad tam tikriems šaltiniams ar preferencijų ar pasirinkimų tipams nebūtų leidžiama būti atsižvelgtiniems tuo būdu. Ji tvirtina, jog preferencijos, kurios remiasi kokia nors išankstinio prietaringo nusiteikimo *(prejudice)* vienos grupės atžvilgiu forma, niekuomet negali būti argumentas už politinę strategiją, numatančios nenaudą tai grupei. Ši teisė, kaip ir antrosios teorijos teikiama teisė, smerkia rasiškai segreguotos edukacijos programą, figūravusią *Brown* byloje, tačiau nevisiškai automatiškai. Segregacija traktuoja juodaodžius skirtingai, o istorija rodo, kad skirtingas traktavimas remiasi išankstine prietaringa nuostata. Taigi segregacijos negalima išgelbėti, pagal

trečiąjį aiškinimą, tos rūšies argumentu, kuris, kaip tarėme, galėtų ją išgelbėti pagal pirmąjį. Neturėtų reikšmės tai, kad kalkuliacija, atsižvelgianti į visas kiekvieno asmens preferencijas kaip vienodai svarbias, įskaitant tas, kurios pagrįstos išankstine prietaringa nuostata, galėtų parodyti, jog segregacija atitinka bendrąjį taip suprantamą interesą.

Svarstydamas kiekvieną iš šių teorijų apie Keturioliktosios pataisos vienodos apsaugos reikalavimo galią, Heraklis naudos perskyrą, kurią naudojome 8-ame skyriuje. Jis skirs akademinį ir praktinį kiekvienos teorijos išplėtojimą; jis klaus ne tik kiek kiekviena teorija yra patraukli, abstrakčiai imant – kokia ji būtų, išplėtota ir taikoma įgudusio politinio filosofo, – o kiek kiekviena iš jų tinkama taikyti praktiškai tokioje bendruomenėje kaip jo kaip konstitucinis standartas, kurį teismai galėtų efektyviai naudoti spręsdami, kokią teisėkūrą diskvalifikuoti. Aprašydamas pirmąją teoriją, aš atsižvelgiau į praktinio išplėtojimo reikalavimus. Ji identifikuoja tam tikras „įtartinas" klasifikacijas, kurias aptikus teisėkūroje, darytina prielaida, jog į tam tikros grupės interesus nebuvo deramai atsižvelgta. Tačiau šią prezumpciją galima atremti – ir ji yra atremiama – parodant, kad ta klasifikacija iš tiesų teikia vienodą galią visoms preferencijoms, egzistuojančioms bendruomenėje, be jokios perskyros, atskiriančios šių preferencijų pobūdį ar šaltinį.

Antrajai – neleidžiamų kategorijų – teorijai, nereikia jokio atskiro praktinio išplėtojimo, nes jos akademinis išplėtojimas yra jau ir šiaip pakankamai praktinis. Ji identifikuoja tam tikras kategorijas ir tvirtina, jog konstitucinė teisė pažeidžiama visuomet, kai teisė daro perskyras tarp piliečių grupių, naudodama bet kurias iš tų kategorijų. Antroji teorija tvirtina (keistos maksimos, dažnai naudojamos jai išreikšti, forma), kad Konstitucija neskiria spalvų *(is color-blind),* taip pat yra akla ir tam tikroms kitoms išvardytoms savybėms, kurios atskiria įvairias grupes. O štai trečioji – neleidžiamų šaltinių – teorija išties reikalauja atskiro praktinio išplėtojimo, nes teisėjams ir kitiems pareigūnams būtų be galo sunku jos pamatinį principą taikyti tiesiogiai kiekvienai individualiai bylai. Tas principas draudžia teisėkūrą,

kuri galėtų būti pateisinta tik laikant atsižvelgtinomis – visa apimančioje kalkuliacijoje, nustatančioje, koks yra bendrasis interesas, – preferencijas, tiesiogiai ar netiesiogiai kylančias iš išankstinio prietaringo nusiteikimo. Net teorijoje dažnai bus sunku nuspręsti, kurios tai preferencijos, nes žmonių troškimai paprastai turi sudėtingus ir kartais net neaiškius šaltinius. Taip pat bus sunku nuspręsti, kiekvienos individualios bylos atveju, kokia teisėkūra būtų buvusi pateisinama, net jeigu ydingosios preferencijos toje kalkuliacijoje nebūtų buvusios laikomos atsižvelgtinomis. Galėtų būti neįmanoma nuspręsti, pavyzdžiui, kokiu mastu kokio nors konkretaus tėvo noras, kad jo vaikai mokytųsi su kitais vaikais, kurių socialinė aplinka panaši, išreiškia rasiškai neutralų požiūrį, jog tokiomis sąlygomis edukacija visuomet yra efektyvesnė, ir kokiu mastu ji atspindi rasistinį nusiteikimą.

Taigi teisėjas, kuris pripažintų neleidžiamų šaltinių teoriją, turėtų sukonstruoti praktinį išplėtojimą, pagrįstą sprendiniais apie preferencijų rūšis, kurios dažnai ar paprastai buvo generuojamos tarpininkaujant išankstiniam prietaringam nusiteikimui, ir apie politinių sprendimų rūšis, kurie normaliomis aplinkybėmis negalėtų būti pateisinti, jeigu tokios preferencijos nebūtų laikomos atsižvelgtinomis kaip pateisinimo dalis. Šis praktinis išplėtojimas įvardytų kompleksą „įtartinų" klasifikacijų, labai panašių į pirmosios teorijos, – klasifikacijų, kurios paprastai sąlygoja nenaudą grupėms, tokioms kaip juodaodžiai arba žydai, arba moterys, arba homoseksualai, kurios istoriškai buvo išankstinio neigiamo nusiteikimo taikiniai; jis iškeltų prielaidą, kad bet koks politinis sprendimas, kuris sąlygoja ypatingą nenaudą šioms grupėms, pažeidžia konstitucinę teisę, saugančią nuo diskriminacijos. Tačiau argumentai, reikalingi atremti tai prielaidai, pagal praktinį trečiosios teorijos išplėtojimą, labai skirtųsi nuo argumentų, reikalingų atremti įtarimui dėl pažeidimo pagal pirmąją teoriją. Anot pirmosios, toks įtarimas gali būti nuramdytas parodant, jog kalkuliacija, neutrali visų preferencijų atžvilgiu, pateisintų rasinę perskyrą. Pagal trečiąją, šito nepakaktų: reikėtų arba parodyti, kad ta klasifikacija buvo pateisinama populiarių preferencijų, nesuteršų

išankstinės neigiamos nuostatos, arba pateikti kokios nors kitokios formos pateisinimą, kuris iš viso nesiremia preferencijomis. Trečioji teorija, net kai praktiškai išplėtojama šiuo būdu, taip pat yra kitokia nei antrosios – neleidžiamų kategorijų – teorijos. Jų keliai išsiskiria, susidūrus su teisėkūros aktais, kurių tikslas ir efektas yra duoti naudos žmonėms, istoriškai buvusiems išankstinės neigiamos nuostatos aukomis, o ne padaryti jiems skriaudą. Neleidžiamų šaltinių teorija skirtų afirmatyvaus veiksmo programas *(affirmative action programs)*, sukurtas padėti juodaodžiams, nuo Jimo Crow įstatymų, sumanytų išlaikyti jų ekonominio ir socialinio jungo būklę. Neleidžiamų kategorijų teorija abu atvejus traktuotų vienodai.

SPRENDŽIANT *BROWN* BYLĄ

Kurią teoriją suponuoja Konstitucija?

Heraklis dabar yra pasirengęs testuoti šiuos tris konstitucinės teisės, saugančios nuo diskriminacijos, aiškinimus, klausdamas, kokiu mastu kiekvienas dera su Amerikos konstitucine struktūra ir praktika ir ją pateisina, taigi teikia tinkamą jos interpretaciją. Jis atmes pirmąją teoriją, kuri neigia bet kokią specialią teisę, ginančią nuo diskriminacijos, ir tik reikalauja, kad kiekvieno piliečio gerovė ar preferencijos būtų įskaitomos toje pačioje skalėje, nediskriminuojant pagal šaltinį ar pobūdį. Galbūt ši teorija būtų buvusi adekvati, tikrinant teisingumo ir dermės testu, kokiu nors mūsų istorijos momentu; galbūt ji būtų buvusi adekvati, kai buvo sprendžiama *Plessy* byla. Ji neadekvati dabar, nebuvo adekvati ir 1954 metais, kai Heraklis turėjo spręsti *Brown* bylą. Ją menkai teremia politiniai teisingumo idealai. Amerikos žmonės būtų ją atmetę beveik vienbalsiai, net 1954 metais, kaip neištikimą jų įsitikinimams apie rasinį teisingumą. Žmonės, kurie rėmė rasinę segregaciją, nemėgino jos pateisinti apeliuodami tiesiog į savo preferencijų faktą, kaip žmonės galėtų remti sprendimą už sporto stadioną ir prieš operos teatrą. Jie manė, jog segregacija yra Dievo valia arba kad kiekvienas turi teisę gyventi su nuosavais žmo-

nėmis arba ką nors panašaus. O tie, kurie oponavo segregacijai, savo argumentų taip pat nerėmė nesuvaržytų preferencijų kalkuliacijų reikalavimu: jie nebūtų manę, kad argumentai už segregaciją yra stipresni, jeigu būtų buvę daugiau rasistų arba jeigu rasistams ji teiktų daugiau malonumo. Pirmąjį aiškinimą Heraklis manys esant neadekvatų taip pat teisiškumo atžvilgiu, todėl jis jį diskvalifikuos, jeigu bet kuris iš kitų dviejų atitinka konstitucinę praktiką pakankami gerai, kad būtų priimtinas.

Jis turi išplėtoti savo darbinę konstitucinio bylų sprendimo teoriją tik tiek detaliai, kad galėtų išspręsti *Brown* bylą, taigi jam nereikėtų rinktis arba neleidžiamų kategorijų, arba neleidžiamų šaltinių teoriją, antrą arba trečią jo sąrašo teoriją. Abi smerkia oficialiai palaikomą rasinę segregaciją mokyklose. Abi pakankamai gerai dera su praeities Teismo sprendimų modeliu ir bendra Konstitucijos struktūra, kad būtų tinkamos. 1954-aisiais abi derėjo su etinėmis laikysenomis, kurios buvo plačiai paplitusios bendruomenėje; nė viena nedera su tomis nuostatomis akivaizdžiai geriau nei antra, nes skirtumas tarp jų matosi tik tuo analizės lygmeniu, kurio populiarioji opinija dar nebuvo aplinkybių priversta pasiekti. Amerikoje stiprėjantis suvokimas, jog rasinė segregacija buvo neteisinga iš principo, nes traktuoti vieną rasę kaip iš esmės menkesnę už kitą yra nesuderinama su orumu, gali būti paremtas arba neleidžiamų šaltinių pagrindais, – jog kai kurios preferencijos turi būti ignoruojamos bet kokioje priimtinoje kalkuliacijoje to, kas bendruomenės būklę daro geresnę visumos mastu, arba neleidžiamų kategorijų pagrindais, – jog kai kurios savybės, įskaitant rasę, niekuomet neturi būti paverčiamos teisinės perskyros pamatu.

Tad Heraklis yra pasirengęs priimti ieškovams palankų sprendimą, jog valstybės diegiama rasinė segregacija edukacijoje yra nekonstituciška. Jis žino, jog kongresmenai, pasiūlę Keturioliktąją pataisą, laikėsi kitokio požiūrio, kurį deklaravo oficialioje legislatyvinėje istorijoje. Tačiau dėl priežasčių, kurias pažymėjome aprašydami istorizmą ir pasyvizmą, jis nemano, jog šitai labai svarbu dabar. Tai negali būti kokios nors gilios ir dominuojančios šiandieninės opinijos

įrodymas, į kurią jis turi nurodyti kaip vieną interpretacijos aspektą ar dimensiją, – negali būti dėl teisingumo priežasčių. Sena legislatyvinė istorija nebėra personifikuotosios nacijos aktas, nacijos, deklaruojančios kokį nors aktualų viešąjį tikslą. Taip pat tai nėra toks klausimas, kai svarbiau, kad institucinė praktika būtų nustatyta nei kad ji būtų nustatyta teisingai. Teismas ankstesnėse bylose jau yra davęs žmonėms pagrindą suabejoti, kad įtvirtintieji rasinės perskyros modeliai dar ilgai bus sergstimi.[18] Iš ieškovų moksleivių neteisingai atimama tai, ką jų Konstitucija, deramai interpretuojama, apibrėžia kaip nepriklausomą ir vienodą statusą respublikoje; tai skriauda, kurią privalu pripažinti ir pašalinti. Taigi jeigu *Plessy* bylos sprendimas iš tikrųjų yra precedentas, kalbantis prieš integraciją, dabar jis turi būti atšauktas. Viskas palanku vienam sprendimui. Rasiškai segreguotos viešosios mokyklos netraktuoja juodaodžių moksleivių kaip lygių pagal bet kokią kompetentingą teisių, kurias Keturioliktoji pataisa diktuoja rasinės lygybės vardu, interpretaciją, todėl oficiali segregacija yra nekonstitucinė.

Teisės ir teisinės koreguojamosios priemonės

Tačiau dabar prieiname teisinio koregavimo priemonių klausimą. Ar Heraklis turėtų balsuoti už tai, kad segreguotos mokyklos būtų delegitimuotos nedelsiant, kad visos, dabar segreguotos mokyklų apylinkės, privalėtų tučtuojau desegreguotis? Ar už kokį nors labiau palaipsnį kaitos procesą – o tokiu atveju jis turės rasti kokią nors kalbą, įgalinančią nusakyti, kiek leistina delsti? Štai keletas argumentų už integracijos atidėjimą. Mokyklų sistema negali per vieną naktį pakeisti pagrindinių institucinių struktūrų. Jeigu mokyklos, birželį dar segreguotos, pamėgins tapti integruotomis rugsėjį, kils chaosas ir bus pakenkta didžiulės armijos moksleivių švietimui, tiek juodaodžių, tiek baltųjų, arba jis bus išvis sužlugdytas. Turi būti nustatytos naujos mikrorajonų ribos, ir gali būti sunku išsaugoti pagarbą kaimynystės ar net teritorinio lavinimo tradicijai; turi būti naujai paskirti mokytojai, kaip ir mokiniai, ir asmeninė šių sprendimų kaina bus įvairi ir

sunkiai pakeliama. Kontrreakcijos problemos bus dar opesnės ir grėsmingesnės. Ilgametė rasinė segregacija yra svarbus dalykas gyvenime tų, kurie nori ją išlaikyti; bet koks reikšmingas segregacijos susilpninimas yra iššūkis jų savitapatybės jausmui, ir šitai kuria terpę ne tik desperacijai, bet ir prievartai. Šių problemų mastą gali sumažinti – jei ne visiškai jas pašalinti – oresnis ir laipsniškas kaitos procesas.

Kas nors, vertindamas šiuos argumentus, jų rezultatus galėtų aprašyti štai kaip. „Teisė reikalauja nedelsiamo segregacijos panaikinimo, tačiau įvairūs praktiniai politinės nuostatos motyvai – tos rūšies, kurias ką tik aprašėme, – kalba prieš jį, taigi Heraklis turi nuspręsti, ar ieškoti kompromiso tarp teisės ir politinės nuostatos." Tačiau šis nusakymas yra iš dalies klaidinamas; kai kurių iš paminėtųjų motyvų, skatinančių atidėti desegregaciją, yra tokios praktinės politinės priežastys, kurių, kaip sakiau, Heraklis nepaisytų, nors realūs teisėjai, galimas dalykas, privalėtų paisyti. tačiau kiti motyvai susiję su principo kalusimu – klausimu, ko Konstitucija reikalauja kaip teisės dalykas. Bet kokia įtikinama teisių, kurias žmonės turi pagal Konstituciją, interpretacija privalo būti pakankamai sudėtinga, kad aiškintų ne tik substanciją, bet ir teisines priemones. Taigi Heraklio sprendimas dėl teisinių priemonių taip pat yra teisės sprendimas, sprendimas apie antrines teises – žmonių teises į jų pirminių substantyviųjų teisių įgyvendinimo metodą ir būdą.[19] Heraklis turi spręsti bendrojo slenksčio problemą ir atsakyti, ar geriausia teismų apskritai ir Aukščiausiojo teismo konkrečiai teisinio koregavimo praktikų interpretacija reikalauja, kad žmonių teisių į teisines priemones įgyvendinimas būtų jautrus pasekmėms. Jis nuspręs, kad ji šito reikalauja: konstitucinio bylų sprendimo tikslas yra ne tiesiog įvardyti teises, bet jas užtikrinti ir šitai padaryti dėl interesų tų, kieno tos teisės yra.

Taigi tuomet jis turi paklausti, kuris procedūrinis sprendimas geriausiai gins juodaodžius moksleivius, siekiančius integruotos edukacijos, ir visiškai įmanoma, kad konstatuos, jog reikalavimas įvykdyti integraciją per vieną naktį negins jų geriausiai. Tačiau, nors jo sprendimas privalo būti jautrus pasekmėms, jis taip pat turi matyti skirtumus tarp pasekmių, tad technines ir mechanines integracijos

problemas jis traktuos skirtingai negu gresiančios kontrreakcijos problemą, mat nuolankus atsižvelgimas į šią grėsmę būtų palankus aktams ir nuostatoms, kuriuos Konstitucija skelbia neteisėtais ir laiko smerktinais. Tuomet Heraklio sprendimas, net dėl teisinių priemonių, nėra paprastai ar tiesiogiai konsekvencialistiškas ta prasme, kuria toks būtų tiesmukas politinės nuostatos sprendimas. Jis siekia išplėtoti visa apimančią įgyvendinimo teoriją, derančią su ta galia, kurią jam teikia Konstitucija, ir šią galią pateisina, o tai reiškia – teoriją, kuri savo procedūromis neprieštarauja tam, ko šis dokumentas reikalauja savo esme. Jis gali prieiti štai kokią – ar kokią nors panašią į šią – teoriją: Teismo dekretinės strategijos *(strategies of decree)* turi siekti paties efektyviausio ir greičiausio substantyvių konstitucinių teisių įgyvendinimo, kuris derančio su interesais tų, kurie į tas teises pretenduoja, tačiau neturi kaip kitaip vadovautis ar mėginti akomoduoti interesus tų žmonių, kurie nori tas teises subvertuoti.

Brown byloje Aukščiausiasis teismas apsisprendė įgyvendinti formulę, kuri, bent jau retrospektyviai žvelgiant, netenkina šio standarto.[20] Teismas sakė, jog desegregacija turi vykti „kiek įmanoma sparčiau" *(with all deliberate speed)*, ir ši retorika, kaip netrukus tapo akivaizdu, sankcionavo obstrukciją ir delsimą. Būtų buvę geriau, jeigu Teismas būtų pamėginęs preciziškiau planuoti tą procesą, net jeigu ši strategija galėjo pakirsti jo sprendimo vieningumą. Tačiau didžioji dalis procesų, nagrinėtų po *Brown* bylos, kiekvienu atveju būtų buvę neišvengiami, nes socialinė revoliucija, kurią paskelbė ta byla, buvo ir nacionalinė, ir pagrindų revoliucija, pareikalavusi aibės tolesnių sprendimų labai skirtingomis nuo *Brown* bylos aplinkybėmis ir visai kitokioje sferoje. Pačios sunkiausios teisės problemos iš tikrųjų kilo ne pietinėse valstijose, turėjusiose ilgą segregacijos teisės priemonėmis istoriją, o šiaurinėse valstijose, kur mokyklų segregacija buvo įvykdyta ne tiesmukiška rasine atskirtimi *(separation)*, o subtilesniais sprendimais, pavyzdžiui, nustatant mokyklų apylinkių ribas. Federaliniai teismai turėjo nuspręsti, kokiomis aplinkybėmis valstijos vengimas atšaukti šios subtilesnės segregacijos istorijos rezultatus buvo principų, paskelbtų *Brown* byloje, pažeidimas; ir, kai tai buvo

pažeidimas, kokius potvarkius teismai turėtų ir galėtų priimti kaip teisinio koregavimo priemones.

Teismai išplėtojo atskirą rasinės integracijos jurisprudenciją, nei labai sėkmingą, nei visiškai koherentišką, ir vis dėlto neužtraukusią nešlovę teisei.[21] Kurį laiką federaliniai teisėjai leido dekretus (ir prižiūrėjo jų vykdymą), kuriais jie įsiterpė į įvairias normalios mokyklų valdytojų bei kitų vietinių pareigūnų jurisdikcijos sritis. Jie reikalavo radikalių permainų mokyklų organizacijoje ir sudarė detalius šių permainų planus; jie parengė juodaodžių vaikų pavėžėjimo autobusu į mokyklas baltųjų gyvenamose apylinkėse (ir *vice versa*) programas. Jokiu kitu Amerikos istorijos momentu teisėjų sprendimai neatrodė tokie skirtingi nuo normalaus teisėjų darbo ir nėra sukėlę tiek daug priešiškumo viešuomenėje ar spaudoje. Kai kurie mokslininkai, įskaitant tuos keletą, kurie teigiamai žiūrėjo į tuos sprendimus, sakė, kad jų sprendimai žymi svarbią teismo tarnybos esmės *(nature)* ir pobūdžio permainą.[22] Vienu atžvilgiu šie mokslininkai buvo teisūs. Tradiciškai teisėjai, be bylų sprendimo, vykdė ir prižiūrimąjį vaidmenį – pavyzdžiui, administruodami bankroto procedūras arba prieštrestinių ar įkalinamųjų nutarčių vykdymą. Tačiau desegregacijos nutarčių atveju prižiūrimasis darbas savo mastu ir detalėmis buvo daug platesnis ir daug labiau įtraukė teisėjus į išrinktųjų vykdomųjų pareigūnų konvencines valdas.

Tačiau pagal teisės kaip integralios visumos sampratą, šį neįprastą teisminį įsiterpimą į administracines funkcijas labai ypatingomis ir sukrečiamomis aplinkybėmis visiškai pateisina ir labai tradiciška pažiūra į teisėjo tarnybą. Heraklio tezė, jog įgyvendinant konstitucines teises teisėjus saisto pareiga neperžengti ribos, ties kuria tas įgyvendinimas liaujasi tarnavęs interesams tų, kuriuos tos teisės turi ginti, yra mažių mažiausiai įtikinama ir ši tezė teikia tinkamą ir patrauklią praeities konstitucinės praktikos interpretaciją. Jos radikalesnius pritaikymus su rasiniais aspektais susijusiose bylose, kaip antai pavėžėjimo autobusu potvarkių atvejais, žinoma, galima kvestionuoti kaip klaidingus, ir šis kvestionavimas kai kuriems teisininkams atrodys įtikinamas dviem lygmenimis. Jie mano, jog Aukščiausiasis teismas

ir žemesnieji federaliniai teismai nuėjo per toli, kai pripažino konstitucinę teisę į integruotą edukaciją valstijose, nevykdžiusiose segregacijos teisės priemonėmis, ir kad daugelis iš tų teisinio koregavimo priemonių, kurias jie inicijavo tų teisių naudai, įskaitant pavežėjimą autobusu, galiausiai nepasitarnavo juodaodžių interesams. Turime kruopščiai atskirti šiuos abejotinus nesenų Heraklio tezės taikymų kvestionavimus nuo pačios tezės kvestionavimo.

SPRENDŽIANT *BAKKE'O* BYLĄ

Aš nesigilinsiu į *Brown* bylos pasekmių istoriją ar į minėtąjį labiau intervencionistinių po jos priimtų sprendimų gynimą, nes nei vienas, nei kitas pasakojimas nėra ypač svarbus konstituciniam teisės kaip integralios visumos sampratos garderobui. Vietoj to mes imamės kitokios problematikos – kokį laimės kūdikį pagimdė *Brown* byla, o ne kokios nesėkmės ištiko jos pradėtą revoliuciją. 7-ojo dešimtmečio rasiniai karai pažadino Amerikos verslo ir švietimo sąžinę, taip pat jos pragmatiškąjį protą, ir atsako į šiuos iššūkius dalimi tapo programos, kolektyviai vadinamos afirmatyviojo veiksmo *(affirmative action)* arba atvirkščiosios diskriminacijos programomis. Galima susitarti dėl labai bendro šių programų nusakymo: jos siekė pagerinti juodaodžių ir kitų mažumų pozicijas ir skaičių darbo rinkoje, komercijoje ir profesinėse srityse, suteikiant joms kokios nors formos pirmumo privilegiją samdos, karjeros ir priėmimo į koledžus bei profesines mokyklas dalykuose. Šis preferavimas kartais buvo neautonomiškas, asmens rasė ar etninė kilmė buvo laikoma pranašumu, kuris gali užtikrinti jam vietą, „kai nesiskiria visa kita" *(„all else being equal")* – nors „visa kita" niekada nebuvo vienoda. Tačiau kartais preferencija buvo ir eksplicitiška, ir mechaniška.

Pavyzdžiui, Kalifornijos universiteto medicinos mokykla Deivise naudojo dvišakę sistemą aplikantams vertinti: buvo įvesta atskira kvota mažumų aplikantams, kurie dėl skirtojo vietų skaičiaus konkuravo tik tarpusavyje, ir dėl to buvo priimti kai kurie juodaodžiai, kurių testų pažymiai ir kitos konvencinės kvalifikacijos buvo daug žemesni

už kai kurių baltųjų, kurie buvo nepriimti. Alanas Bakke'as buvo vienas iš pastarųjų, ir teismo procese, kurį jis inicijavo, buvo pripažinta, jog jis būtų buvęs priimtas, jeigu būtų buvęs juodaodis. Jis sakė, jog ši kvotų sistema yra neteisėta, nes jo netraktavo kaip lygaus konkurse dėl vietų, ir Aukščiausiasis teismas su tuo sutiko, pateisindamas savo sprendimą nevienalyčiu ir kiek painoku nuomonių rinkiniu.[23]

Kaip būtų balsavęs teisėjas Heraklis? Ši byla jį verčia imtis klausimo, kurį jis manė esant nebūtina kelti, norint priimti teigiamą sprendimą *Brown* byloje. Ar neleidžiamų kategorijų teorija yra sėkmingesnė rūpimos konstitucinės praktikos interpretacija, atsižvelgiant į viską, negu neleidžiamų šaltinių teorija? Praktinis konstitucinis standartas, suteikiantis galią neleidžiamų šaltinių teorijai, tam tikras rasines klasifikacijas įvardytų įtartinomis. Tačiau į šį įtartinų klasifikacijų sąrašą nebūtų būtina įtraukti perskyrą, akivaizdžiai sumanytą pagelbėti istorinėms išankstinės neigiamos nuostatos aukoms. Galbūt pagal tą teoriją institucijos, kurios naudojo rasines kvotas, turėtų būti įpareigotos pagrįsti tai, jog šios kvotos nėra slapto išankstinio neigiamo nusiteikimo prieš kokią nors kitą grupę išraiška. Tačiau Deiviso mokykla būtų galėjusi atlikti šią pareigą, taigi pagal neleidžiamų šaltinių teoriją ji nebūtų Bakke'o konstitucinės teisės pažeidėja. Tačiau ji būtų jo teisių pažeidėja pagal neleidžiamų kategorijų teoriją. Akademinis, kaip ir praktinis tos teorijos išplėtojimas yra tiesiog sąrašas ypatybių, negalimų naudoti atskirti grupėms, viena iš kurių tuo būdu įgyja pranašumą kitos atžvilgiu. Rasė privalo būti bet kokio tokio sąrašo viršuje, o Deiviso mokykla naudojo rasinę klasifikaciją, kuri blogino baltųjų, tokių kaip Bakke'as, padėtį.

Taigi Heraklis turi pasirinkti vieną iš šių dviejų teorijų, ir jis atiduos pirmenybę neleidžiamų šaltinių teorijai, o ne neleidžiamų kategorijų teorijai. Nors neleidžiamų kategorijų teorija taip pat gerai dera su sprendimais dėl rasinės diskriminacijos iki pat *Bakke'o* bylos, kaip ir neleidžiamų šaltinių teorija – o su kalba, vartojama tuose sprendimuose, ji dera net geriau, – ji nedera su konstitucine ar politine praktika imant plačiau. Neleidžiamų kategorijų teorija savo esa-

muoju pavidalu yra pernelyg arbitrali, kad ją būtų galima laikyti adekvačia interpretacija pagal teisės kaip integralios visumos sampratą. Ją reikia paremti kokiu nors principais pagrįstu aiškinimu, kodėl tos konkrečios ypatybės yra ypatingos, o vienintelis turimas principas yra tas, jog žmonės niekuomet neturi būti traktuojami skirtingai dėl savybių, kurios nuo jų nepriklauso. Ši propozicija buvo ryžtingai atmesta visoje Amerikos teisėje ir politikoje. Įstatymai beveik visuomet brėžia linijas pagal natūralius geografijos, sveikatos ir pajėgumo skirtumus: pavyzdžiui, numato subsidijas darbuotojams, kurie aplinkybių valia dirba vienoje, o ne kitoje pramonės šakoje ar net firmoje, ir varžo vairavimo ar medicininės praktikos licencijų išdavimą, leisdami jas išduoti tik tam tikrų fizinių ar mentalinių gebėjimų žmonėms. Konkrečiai lavinimosi galimybės universitetuose ir profesinėse mokyklose visuomet – ir nesuvokiant to kaip iššūkio Konstitucijai – buvo suteikiamos akivaizdžiai nepaisant to tariamojo principo. Kandidatai atrenkami testais, kurie, manoma, atskleidžia natūralių gebėjimų skirtumus, o daugelyje mokyklų testavimas dar turi ir tikslą užtikrinti geografinį balansą klasėse ar netgi mokyklos sportinę sėkmę. Kandidatai yra ne daugiau atsakingi už savo gebėjimą gauti gerą konvencinių protinių savybių testų įvertinimą ar už savo gimimo vietą, ar futbolo žaidimo įgūdžius negu atsakingi už savo rasę; jeigu rasė būtų neleidžiama kategorija dėl to, kad žmonės negali pasirinkti savo rasės, tai protavimo gebėjimai, geografinė kilmė taip pat turėtų būti uždraustos kategorijos. Rasinė diskriminacija, skriaudžianti juodaodžius, yra neteisinga ne dėl to, kad žmonės negali pasirinkti savo rasės, bet dėl to, kad ta diskriminacija išreiškia išankstinę neigiamą nuostatą. Kitaip tariant, jos neteisingumą paaiškina neleidžiamų šaltinių teorija, o ne neleidžiamų kategorijų teorija.

Tarkime, jog Bakke'o teisininkai aiškina, kad neleidžiamų kategorijų strategijos turi būti laikomasi rasės atžvilgiu (o gal ir tam tikrais kitais ypatingais atvejais, kaip antai atvejais, susijusiais su etninės kilmės ir lyties dalykais), nors šios strategijos ir negali paremti bendras principas, anot kurio žmonių niekada negalima skirstyti pagal ypatybes, kurios nuo jų nepriklauso. Jie negali sakyti, jog šis ypatin-

gas statusas, teikiamas rasės ir kelioms kitoms ypatybėms, yra tiesiog konstitucinio fakto dalykas, jog Konstitucija išskiria ir diskvalifikuoja tik rasę ir tas kitas ypatybes. Mat tai provokuoja štai kokį klausimą: mums dabar rūpi būtent teisinga mūsų konstitucinės praktikos interpretacija, ir jiems reikia argumento, kuris pateisintų jų teiginį apie tai, ką reiškia Konstitucija, o ne argumento, kuris prasideda tuo teiginiu. Tarkime, jie sako: vienodos apsaugos klauzulės kūrėjai turėjo omenyje rasę kaip išskirtiną dalyką, nes Keturioliktosios pataisos atsiradimą sąlygojo vergovės panaikinimas ir Pilietinis karas. Tai istorizmas, ir čia galioja visi mūsų anksčiau išsakyti argumentai prieš jį. Tačiau tai ypač silpna istorizmo forma šiame kontekste. Mat mes žinome, jog Keturioliktosios pataisos kūrėjai nemanė, jog *visokį* rasinį atskyrimą edukacijoje jie paverčia nekonstitucišku – jie netgi nemanė delegitimuoją segregaciją, nukreiptą prieš juodaodžius, ir vargu ar galime jų nuomones suprasti kaip argumentą, jog *visokia* rasinė perskyra, netgi ta, kuri sumanyta padėti juodaodžiams, yra neteisiška.

Tarkime, jog Bakke'o advokatai sako, jog kad ir kokia galėjo ar negalėjo būti kūrėjų intencija, išmintingas konstitucinio valdymo menas reikalauja rasei ir keletui kitų išskirtinių kategorijų taikyti neleidžiamų kategorijų teoriją, nes priėmimo ar samdos programos, kurios kokiu nors būdu naudoja rasines klasifikacijas, eskaluos rasinę įtampą, taigi išlaikys diskriminaciją, neapykantą ir prievartą. Štai yra būtent tos rūšies sudėtinga perspektyvinė politinės nuostatos kalkuliacija *(forward-looking calculation of policy)*, kurią net nuosaikesnė, išmintingesnė pasyvizmo forma paliktų išrinktųjų pareigūnų nuožiūrai arba tų pareigūnų paskirtų ir jiems atskaitingų vykdomųjų pareigūnų nuožiūrai. Jeigu Kongresas nusprendžia, jog nacionalinės politikos nuostata, draudžianti bet kokią afirmatyvią akciją, yra pageidautina, jis turi galią išleisti įstatymą, kuris štai iš dalies pasieks.[24] Aukščiausiasis teismas neturėtų savarankiškai daryti tokio politinės nuostatos sprendimo.

Tad Heraklis atmes neleidžiamų kategorijų teoriją apie lygybę, tiek jos bendra forma, kurios neįmanoma suderinti su praktika, tiek specialia forma, kuri yra pernelyg arbitrali, kad ją būtų galima laiky-

ti pagrįstą principais. Jis pripažins neleidžiamų šaltinių teoriją kaip geriausią įmanomą interpretaciją,[25] tada sukonstruos tinkamą praktinį šios teorijos išplėtojimą konstituciniams tikslams, sudarydamas „įtartinų" klasifikacijų sąrašą, atvirą peržiūrai keičiantis socialiniams modeliams, klasifikacijų, kurių naudojimas teisiškai skriausti grupę, istoriškai buvusią išankstinės prietaringos nuostatos taikiniu, yra *prima facie* nekonstituciškas. Sąrašas, kurį jis konstruoja, nedelegitimuos afirmatyviojo veiksmo programų iš principo, nes šios nefunkcionuoja tokių grupių nenaudai.

Tačiau Bakke'as gali pasitelkti dar vieną argumentą – jog vienodos apsaugos klauzulė, interpretuojama taip, kaip ją dabar supranta Heraklis, delegitimuoja tą konkrečią kvota pagrįstą afirmatyviojo veiksmo formą, kurią naudojo Deiviso mokykla. Neleidžiamų šaltinių teorija specialią teisę aiškina kaip pataisą bendro Keturioliktosios pataisos reikalavimo, anot kurio bet kokios valstijos vykdoma bendrojo intereso kalkuliacija turi paisyti visų piliečių interesų, net jei ji sąlygoja kai kurių skriaudą; tai turi būti šia prasme racionali kalkuliacija, suprantama kaip tarnaujanti kokiai nors priimtinai sampratai, nustatančiai, kaip žmones traktuoti kaip lygius. Valdžia pažeidžia šį bendresnį reikalavimą visada, kai ignoruoja kokios nors grupės gerovę savo kalkuliacijoje, nustatančioje, kas gerina bendruomenės kaip visumos būklę. Nors Bakke'as neranda jokios atramos specialioje teisėje, ginančioje nuo rasinės diskriminacijos, teisėje, kurią pripažįsta Heraklis, jis galėtų apeliuoti į tą bendrąjį reikalavimą. Deiviso mokykla tvirtina, jog jos kvotų sistema įtikinamai prisideda prie bendrosios gerovės, padėdama didinti kvalifikuotų juodaodžių gydytojų skaičių. Bakke'as galėtų argumentuoti priešingai, – jog Deiviso mokyklos kvotų sistema jai neleido net atsižvelgti į jos priėmimo sprendimų padarinius tokiems žmonėms kaip jis pats. Manau, Heraklis nuspręs, jog šis teiginys painioja dalykus: kvotų sistema teikia tiek pat dėmesio visai pretendentų klasei kaip ir bet kokia kita sistema, besiremianti – kaip privalo daryti visos – bendromis klasifikacijomis.[26] Tačiau rezoniški teisėjai galėtų nesutikti su šia jo visa apimančios išvados dalimi šiuo atveju.[27]

AR HERAKLIS – TIRONAS?

Pasekėme tik vieną Heraklio sprendimų grandinę, nes čia, kaip ir visoje jurisprudencijoje, detalė atskleidžia daugiau negu plačiai aprėpiantis žvilgsnis. Tačiau ankstesnių skyrių argumentacija leidžia numanyti, kokia būtų jo laikysena kitų konstitucinių klausimų atžvilgiu[28], taip pat paaiškėjo pakankamai dalykų apie jo konstitucinius metodus, kad būtų galima pateisinti nedidelę reziumė. Heraklis nėra istoricistas, tačiau nepasižymi ir tuo stiliaus suktumu, kuris kartais karikatūriškai priskiriamas išpažįstantiems „natūralią teisę" *(„natural law")*. Jis nemano, jog Konstitucija yra tik tai, ką geriausia abstraktaus teisiškumo ir teisingumo teorija produkuotų kaip ideali teorija. Jis vadovaujasi konstitucinio integralumo jausmu; jis įsitikinęs, jog Amerikos konstitucijos esmę atskleidžia geriausios įmanomos Amerikos konstitucinio teksto ir praktikos kaip visumos interpretacijos, ir jo sprendinys, kuri interpretacija yra geriausia, yra jautrus dideliam politinių dorybių, lemiamų šiuose reikaluose sudėtingumui.

Jo argumentai apima populiarius įsitikinimus ir nacionalinę tradiciją visuomet, kai šie yra svarbūs suvereniam klausimui, kuris konstitucinės istorijos perskaitymas tą istoriją parodo apskritai palankiausioje šviesoje. Dėl tos pačios priežasties ir tuo pačiu tikslu jo argumentai remiasi jo paties įsitikinimais dėl teisiškumo, teisingumo ir deramo santykio tarp jų. Jis nėra pasyvistas, nes atmeta griežtą idėją, jog teisėjai turi vadovautis išrinktų pareigūnų sprendimu, kad ir kokia konstitucinės schemos dalis būtų svarstymo objektas. Jis nuspręs, jog kai kurių provizijų tikslas yra demokratijos sauga (arba kad jos ją apima), ir šias provizijas plėtos šia dvasia, užuot laikęsis įsitikinimų tų, kurių pozicijos legitimumą jos galėtų kvestionuoti. Jis nuspręs, jog kitų provizijų tikslas yra individų ar mažumų gynimas daugumos valios atžvilgiu (arba kad jos jį apima), ir sprendžiant, ko tos provizijos reikalauja, jam nebus privaloma daugumos atstovų nuomonė.

Jis ir ne „aktyvistas". Jis nesieks priimti sprendimą vietoj legislatūros, kai spręstinas klausimas yra, jo nuomone, pirmiausia politinės nuostatos, o ne principo klausimas, kai ginčo objektas yra tai, ko-

kios strategijos būtų geriausios, norint patenkinti apibendrintą kolektyvinį interesą siekiant tokių tikslų kaip klestėjimas arba skurdo išgyvendinimas, arba deramas ekonominės plėtros ir aplinkos apsaugos balansas.[29] Pavyzdžiui, jis nebūtų prisidėjęs prie *Lochnerio* bylos daugumos, nes būtų atmetęs laisvės *(liberty)* principą, į kurį apeliavo Aukščiausiasis teismas, kaip aiškiai nesuderinamą su Amerikos praktika ir kiekvienu atveju neteisingą, ir būtų nesutikęs iš naujo svarstyti Niujorko valstijos legislatūros sprendimą dėl politinės nuostatos dalykų, likusių nuo tada.[30]

Taigi Heraklis netelpa į standartines akademines teisėjų klasifikacijas. Juk jeigu jis sklandžiai išsitektų kurioje nors iš populiariųjų kategorijų, jis nebūtų Heraklis. Ar jis pernelyg konservatyvus? Ar pernelyg liberalus ar progresyvus? Jūs dar negalite pasakyti, nes Jūsų sprendinys priklausytų nuo to, kiek Jums artimi jo įsitikinimai, imant visą platų spektrą įvairių rūšių įsitikinimų, kuriuos aktyvuoja konstitucinės praktikos interpretacija. Dar nepakankamai atskleidžiau jo įsitikinimus arba tai, kaip jie būtų naudojami deramo proceso bylose, kuriose sprendžiami baudžiamosios procedūros klausimai, arba žodžio laisvės bylose, arba bylose, nagrinėjančiose teisingo rinkėjų skirstymo pagal apylinkes ir procedūrų klausimus, kad jūs galėtumėte padaryti išvadas. Taip pat kaip atskiros problemos konstituciniame kontekste neaptariau jo įsitikinimų dėl precedento vaidmens, dėl Aukščiausiojo teismo praeities sprendimų. Tam tikrą nuovoką apie šią laikyseną jums suteiks 7-as skyrius bei tas faktas, jog jam nekėlė rūpesčio *Plessy* bylos sprendimo atšaukimas sprendžiant *Brown* bylą; tačiau tai ne visa istorija, mat jo laikysena precedentų atžvilgiu keltų didesnę pagarbą, kai jis būtų paprašytas suvaržyti konstitucines teises, kurias tie precedentai įteisino, nei tuomet, kai būtų paprašytas iš naujo patvirtinti jose paskelbtą tokių teisių paneigimą. Taigi savo visa apimančius politinius sprendinius turite rezervuoti tų teisėjų karjerai, apie kuriuos žinote daugiau.

Tačiau sužinojome pakankamai, kad įsitikintume, jog vienas kaltinimas, kurį kai kurie teisėjai taikytų Herakliui, nepelnytas, ir – o tai dar blogiau – obskurantiškas. Heraklis nėra uzurpatorius tironas,

mėginantis klasta pasisavinti visuomenei priklausančią demokratinę galią. Kai jis įsiterpia į valdymo procesą, kad kokį nors įstatymą ar kitą valdžios aktą paskelbtų esant nekonstitucišką, jis šitai daro vadovaudamasis savo visiškai sąžiningu sprendiniu dėl to, kas iš tikrųjų yra demokratija ir ką iš tikrųjų reiškia Konstitucija, demokratijos motina ir sargas. Galite nesutikti su tais keliais sprendiniais, kuriuos perteikiau jo vardu; jeigu aš jums papasakočiau daugiau apie jo karjerą Olimpe, jūs veikiausiai nepritartumėte ir daugiau dalykų. Tačiau jeigu Heraklis būtų išsižadėjęs mano nusakytosios atsakomybės, kuri apima atsakomybę spręsti, kada jis turi kliautis savo paties įsitikinimais dėl savo tautos charakterio, jis būtų buvęs teisėją varžančio varžto išdavikas, o ne herojus.

11. Teisė anapus teisės

TEISĖS IŠGRYNĖJIMAS

Ar gali integralumas būti negrynas?

Sentimentalūs teisininkai puoselėja seną tropą: jie sako, jog teisė išgrynėja *(works itself pure)*. Ši figūra sugestijuoja dvi tos pačios teisės sistemos formas ar stadijas, iš kurių aukštesnioji forma latentiškai glūdi prastesnėje, – negryna dabartinė teisė palaipsniui transformuojasi į savo pačios grynesnę ambiciją, žinoma, netolygiai, neišvengdama paslydimų kelyje į pasiekimus, niekuomet neišgrynėdama galutinai, tačiau su kiekviena karta tapdama geresnė negu anksčiau. Šiame mįslingame įvaizdyje glūdi tiesos grūdas, ir šis vaizdinys padeda atskleisti tiek teisės kaip integralios visumos sampratos sudėtingumą, tiek jos galią.

Ar gali ši samprata pripažinti grynesnės mūsų turimos teisės formos galimybę? Štai argumentas, jog negali. Dabartinės, esamos teisės esmė Herakliui yra principai, kurie teikia geriausią įmanomą teisės kaip visumos doktrinų ir instrumentų *(devices)* pateisinimą. Heraklio dievas yra bylų sprendimo integralumo principas, kurio priesakas reikalauja teisę suprasti – kiek įmanoma – kaip koherentišką ir struktūruotą visumą. Šis pavaizdavimas atrodo nepaliekąs jokios erdvės idėjai, jog teisė gali tapti koherentiškesnė, grynesnė negu ji šiuo metu yra. Jeigu sistemą įmanoma padaryti koherentiškesnę, tai ši koherentiškesnė sistema yra aktuali, dabartinė teisė, taigi kai Heraklis išsiaiškina, kokia teisė yra dabar, nebegali būti grynesnės teisės, latentiškai glūdinčios joje. Teisė kaip integrali visuma (galėtume pasakyti) *yra* išgrynintos teisės idėja *(the idea of law worked pure)*.

Tai pernelyg šiurkštus argumentas: minėta sentimentali perskyra iš tikrųjų turi savo vietą teisės kaip integralios visumos sampratoje. Mūsų teisės sąvoka susieja teisę su esamu valstybinės prievartos pa-

teisinimu, taigi teisę susieja su bylų sprendimu: teisė yra teisių, galimų apginti teisme, dalykas. Tai teisės turinį daro jautrų įvairių rūšių instituciniams varžtams, galiojantiems išskirtinai teisėjams, varžtams, kurie nebūtinai varžo kitus pareigūnus ar institucijas. Kai teisėjai interpretuoja teisinę praktiką kaip visumą, jie randa įvairių rūšių išskirtinai teisėjams taikytinų motyvų, kodėl jie *ne*turėtų dabartine teise paskelbti principų ir standartų, kurie teiktų patį koherentiškiausią tos praktikos substantyvių sprendimų paaiškinimą.

Griežtosios precedento doktrinos, kurios iš kai kurių teisėjų reikalauja vadovautis kitų teisėjų praeities sprendimais net tuomet, kai jie mano, kad tie sprendimai yra klaidingi, yra gerai žinomas pavyzdys. Prisiminkime pavyzdį, kurį naudojau anksčiau: Lordų rūmai neatšaukia išimties, atleidžiančios advokatus nuo teisinės atsakomybės už aplaidumą tam tikromis aplinkybėmis. Integralumas smerkia šį specialų traktavimą, ir Parlamentas, vadovaudamasis integralumu, turėtų jį atšaukti.[1] Tačiau žemesnysis Anglijos teismas negali to padaryti, nes tai draudžia precedentas. Griežtoji precedento doktrina skirtingose jurisdikcijose įvairuoja, ir aukščiausi teismai paprastai yra išimties subjektas jos atžvilgiu. Tačiau legislatyvinė viršenybė yra kitas institucinis varžtas ir paprastai galioja visiems teismams. Jeigu teisėjas mato, jog tinkama yra viena vienintelė įstatymo interpretacija, tai jis privalo neleisti konstitucinei kliūčiai sutrukdyti jam suteikti jai teisės galią, net jeigu mano tą įstatymą esant iš principo nesuderinamą su teise plačiau imant.[2] Jis gali manyti, jog legislatūra turėtų pašalinti tą nesuderinamumą tolesne teisėkūra, ne tik – ar nebūtinai – iš teisingumo jausmo, bet dėl to, kad legislatūra taip pat yra integralumo sergėtoja. Tačiau tai neturės įtakos jo supratimui, kokia yra teisė.

Jeigu Heraklis būtų nusprendęs ignoruoti legislatyvinę viršenybę ir griežtąją precedento doktriną visada, kai šių doktrinų ignoravimas jam leistų patobulinti teisės integralumą, suvokiamą kaip vien substancijos dalykas, tai jis būtų pamynęs bendrą visa apimantį integralumą. Mat bet kokia sėkminga bendra mūsų teisinės praktikos interpretacija turi pripažinti šiuos institucinius varžtus. Kiti teisėją

varžantys varžtai yra ne tokie doktriniški ir yra veikiau įvairių teisėjo deramo proceso teisme suvokimo aspektų dalykas. Lordas Heraklis galėtų manyti, jog advokatų išskirtinis statusas bendrų aplaidumo atvejus reguliuojančios teisės normų atžvilgiu yra neįmanomas apginti, ir galėtų žinoti, jog jis turi techninę galią atšaukti precedentus, šiuo būdu saugančius teisininkus. Tačiau jis taip pat galėtų manyti, jog būtų neteisinga staiga nustatyti teisinę atsakomybę konkrečiam advokatui už veiksmus, padarytus praeityje, jeigu joks teismas iki šiol nėra signalizavęs apie jokią permainą, mat tuomet būtų neįtikėtina, kad tas advokatas būtų turėjęs galimybę saugotis užsitraukti tokią teisinę atsakomybę. Heraklis tuomet veikiausiai svarstytų galimybę pakeisti teisę tik prospektyviai, tuo būdu, kuriuo, kaip mes įsivaizdavome 5-ame skyriuje, tai galėtų daryti teisėjas pragmatistas. Tačiau britų praktika didžiąja dalimi nėra sutepusi savo nekaltybės tokia priemone, ir jis galėtų apsispręsti ieškoti kokio nors kito būdo savo nuomonėje perspėti advokatus apie permainas.[3] Teisėjas Heraklis galėtų galvoti, jog geriausia vienodos apsaugos klauzulės interpretacija delegitimuoja perskyras tarp suaugusiųjų teisių ir vaikų teisių – perskyras, kurios niekada nebuvo kvestionuojamos bendruomenėje, ir vis dėlto galėtų manyti, kad būtų politiškai neteisinga – ta prasme, kurią išskyrėme 3-iame skyriuje, – jei teisė primestų tą pažiūrą bendruomenei, kurioje šeima ir socialinės praktikos pripažįsta tokias perskyras kaip deramas ir fundamentalias. Aš nenoriu pasakyti, jog Heraklis šios rūšies atvejais visada pripažintų substantyvinį nenuoseklumą, kad liktų ištikimas labiau procedūriniams principams, o tik tai, kad sudėtingas bylų sprendimo pobūdis daro neišvengiama tai, jog jis kartais tai darytų.

Interpretacijos lokalaus prioriteto principas, su kuriuo susipažinome 8-ame skyriuje, yra kita, subtilesnė varžto rūšis, kurią dabar galima suprasti kaip funkciškai susijusią su ką tik pažymėtais instituciniais varžtais. Jeigu teisėjas, akceptuojantis teisę kaip integralumą, mato, jog kiekviena iš dviejų interpretacijų-kandidačių pakankamai gerai atitinka jam dabar rūpimą sritį, kad tenkintų jo interpretacinius varžtus, jis išplės savo tyrimo apimtį, kad vis platesniais kon-

centriniais ratais aprėptų kitas teisės sritis, ir tuomet nustatys, kuri iš dviejų interpretacijų geriau dera su didesnės aprėpties perspektyva. Tačiau normaliomis aplinkybėmis jis gerbs to teisės padalinio, kuriame iškyla jo tiesioginė problema, pirmenybę; jis be gailesčio atmes principą, kandidatuojantį į tinkamas nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės interpretacijas, jeigu tas principas svetimas tam teisės padaliniui, net jeigu jis gerai dera su kitais padaliniais. Padalinių topologija yra, kaip matėme, jo interpretacinės problemos dalis, ir jo sprendiniai apie padalinių ribas gali būti kontroversiški ir kiekvienu atveju keisis, teisei plėtojantis. Tačiau jo sprendiniams apie ribas galioja specialūs varžtai: jie privalo iš principo gerbti nusistovėjusias profesines ir viešąsias opinijas, kurios skirsto teisę į substancines viešojo ir privataus elgesio sritis.

Integralumas ir lygybė

Galime pasitelkti ankstesnio aptarimo rezultatus, kaip įrodančius sutelktinę galią šių įvairių varžtų, iš kurių kiekvienas apeliuoja į proceso integralumą kaip tai, kas įgalina substantyvaus integralumo kontrolę. 8-ame skyriuje Heraklis nusprendė, kad didelė teisės, reguliuojančios neintencinės skriaudos atvejus, dalis gali būti suprantama kaip išreiškianti lygybės sampratą, kurią jis mano esant geriausią abstraktaus teisingumo požiūriu, būtent – išteklių egalitarizmą, ir jis dėl to laikėsi tos sampratos, konstruodamas šių teisės dalių interpretaciją. 10-ame skyriuje jis netruko atmesti sugestiją, kad šią (ar bet kurią kitą) lygybės sampratą Keturioliktosios pataisos vienodos apsaugos klauzulė daro privalomą valstijoms. Be to, jis būtų turėjęs pripažinti, jog nei valstija, nei nacija toli gražu netenkina išteklių lygybės sampratos – net jos praktinio išplėtojimo – reikalavimų dėl turto paskirstymo, nors kai kurios perskirstymo programos, kurias priėmė Kongresas ir daugelis valstijų, yra žingsniai ta kryptimi. Šis pripažinimas nekelia pavojaus jo pažiūrai dėl geriausios neintencišką skriaudą reguliuojančios teisės interpretacijos, nes jokia kita lygybės samprata dermės su ta teise požiūriu jai nė iš tolo neprilygsta, ir jokia kita

nesuteiktų kiek nors geresnės dermės su mokesčių ir perskirstymo programomis, su kuriomis išteklių lygybės samprata dera tik apygeriai.

Taigi jis priverstas rinktis lygybės ir teisės aiškinimą, kuris yra ne toks elegantiškas ir darnus, kokio jis būtų galėjęs tikėtis. Išteklių lygybė yra jo raktas paaiškinti nelaimingus įvykius ir kitus netyčinės žalos atvejus reguliuojančiai teisei. Tačiau jis negali apeliuoti į Konstituciją kaip pagrindą paliepti Kongresui ar valstijos legislatūroms priimti tokias ekonomines ir perskirstymo programas, kurių reikalauja išteklių lygybė. Taip pat jis negali – turint omenyje tuos įvairius suvaržymus, kuriuos jis pripažįsta kaip ribojančius mastą jo laisvės skaityti įstatymus jo pažiūrai į teisingumą palankiu būdu, – gerovės ir apmokestinimo schemose išskaityti provizijas, kurias aprobuotų išteklių lygybės samprata. Jo manymu, politiniam integralumui, kaip ir teisingumui, būtų buvę pasitarnauta tuo atveju, jeigu nacionalinė ir vietinė valdžia būtų nuosekliau pripažinusi išteklių lygybę kaip savo ekonominių programų tikslą. Tačiau jis pats nusižengtų integralumui, jeigu jam tektų ignoruoti sprendimus, kuriuos jie iš tikrųjų priėmė.

Visa aprėpiantis ir grynasis integralumas

Taigi teisė kaip integrali visuma ne tik leidžia, bet ir skatina įvairias substantyvaus konflikto ar įtampos formas visa apimančios geriausios teisės interpretacijos viduje. Dabar galime paaiškinti, kodėl mes pripažįstame integralumą kaip savarankišką politinį idealą ir bylų sprendimo integralumo principą kaip suverenų teisės atžvilgiu: mes norime traktuoti save kaip principo asociaciją *(association of principle),* kaip bendruomenę, valdomą vieningos ir koherentiškos suderintų teisiškumo, teisingumo ir deramo procedūrinio proceso vizijos. Jau esame pažymėję, jog šios trys sudedamosios dorybės – teisingumas, teisiškumas ir procesas – kartais konfliktuoja. Herakliui pasiekti integralumo, suvokiamo vien teisiškumo požiūriu, neleidžia substantyvių teisiškumo principų koherencijos reikalavimas, principų, jungiančių į visumą jo aiškinimą, kokia dabar yra teisė, – mat jis

siekė platesnio integralumo, kuris teikia galią taip pat teisingumo ir deramo procedūrinio proceso principams.

Teisiškumas, sakėme mes, yra deramo politinės sistemos funkcionavimo rezultatų dalykas: teisingo gėrybių, galimybių ir kitų išteklių paskirstymo rezultatas. Teisingumas yra deramos tos sistemos struktūros dalykas, struktūros, kuri deramu būdu paskirsto įtaką, daromą politiniams sprendimams. Deramas procedūrinis procesas yra normų ir normatyvų, kurias produkavo sistema, įgyvendinimo teisingų procedūrų dalykas. Legislatyvinė viršenybė, kuri įpareigoja Heraklį suteikti galią įstatymams, net kai šie produkuoja substantyvų nekoherentiškumą, yra teisingumo dalykas, nes ji saugo daugumos galią kurti tokią teisę, kokios ji nori. Griežtosios precedento doktrinos, legislatyvinės istorijos praktikos bei lokalinė pirmenybė daugiausia – tiesa, skirtinga prasme – yra deramo procedūrinio proceso dalykai, nes jos skatina piliečius pasikliauti doktrininėmis deklaracijomis ir prielaidomis, kurių atšaukimas *post factum* pamintų teisingumą ir būtų išdavystė tų piliečių atžvilgiu. Šį išaiškinimą galime sutvirtinti padarydami naują perskyrą, – tarp dviejų integralumo lygmenų ar rūšių. Bylų sprendimo principas, valdantis mūsų teisę, įgyvendina visa aprėpiantį *(inclusive)* integralumą: šis reikalauja iš teisėjo paisyti visų sudedamųjų dorybių. Savo visa apimančią esamos teisės teoriją jis konstruoja taip, kad ji atspindėtų – kiek tai įmanoma – koherentiškus politinio teisingumo, substantyvaus teisiškumo ir deramo procedūrinio proceso principus, ir šiuos atspindėtų deramai suderintus. Patikslinimas „kiek tai įmanoma" pripažįsta tai, ką ką tik pažymėjome – jog deramas dėmesys vienai iš šių dorybių visa apimančiame teisės aiškinime kartais vers daryti kompromisą, išgelbėjantį integralumą vienu lygmeniu integralumo kitu lygmeniu sąskaita. Į savo kalkuliacijas apie tai, kokia yra teisė, Heraklis turi įausti geriausią savo bendruomenės teisingumo principų interpretaciją, principų, kurie apibrėžia jo paties galias kitų institucijų ir pareigūnų galių atžvilgiu, bei jos deramo proceso principų interpretaciją, kuriuos relevantiškus daro tai, jog teisės sprendiniai yra retrospektyvinės *(backward-looking)* kaltės ir atsakomybės atribucijos predika-

tas. Taigi jis turi suteikti galią įstatymams, kurie kuria kliūtį substantyviai koherencijai, ir precedentams bei lokaliems prioritetams, kurie kuria kliūtį siekiant skirtingų teisės padalinių darnos. Todėl jis turės omenyje kitokią, abstraktesnę kalkuliaciją: *grynasis* integralumas atsisaisto nuo šių įvairių varžtų, uždedamų teisingumo ir proceso. Ši kalkuliacija jį ragina svarstyti, kokia teisė būtų, jeigu teisėjai būtų laisvi vadovautis vien teisiškumo principų koherencija, principų, apimančių ir vienijančių į visumą skirtingus teisės padalinius.

Mes reiškiame nuolankumą teisiškumui, kaip vienai iš politinių dorybių, sukurdami jai specialią integralumo formą. Tačiau šis pagarbus traktavimas nėra arbitralus. Konkrečios teisingumo ir deramo procedūrinio proceso pasekmės yra daug kontingentiškesnės nei teisiškumo pasekmės ir dažnai yra apgailestavimo objektas. Mes viliamės, jog mūsų legislatūra pripažins tai, ko reikalauja teisiškumas, tad nebeliks jokio praktinio konflikto tarp teisiškumo ir legislatyvinės viršenybės; mes viliamės, jog profesiniame ir viešajame supratime teisės padaliniai bus rekonfigūruoti, kad atspindėtų tikrąsias principo perskyras taip, kad lokalinis prioritetas nesudarytų kliūties teisėjui, siekiančiam sklandaus principo veikimo visoje teisės apimtyje.

Ir pati mūsų pamatinė ambicija traktuoti save kaip principo bendruomenę rekomenduoja specialų vaidmenį teisingumui. Tokios bendruomenės piliečiai siekia būti valdomi teisiškai, teisingai ir deramo proceso keliu, tačiau tos trys sudedamosios dorybės turi jiems skirtingą reikšmę net kaip idealai. Teisingumas ir deramas procesas yra neatsiejami – nors ir skirtingu būdu – nuo specifinių institucijų bendruomenėje. Jie priskiria skirtingą atsakomybę skirtingiems pareigūnams, užimantiems skirtingą poziciją. Teisiškumas, priešingai, yra dalykas to, ką personifikuotoji bendruomenė, atsydama nuo institucinių prievolių, pati turėtų pasiekti. Taigi praktiškai svarbu izoliuoti klausimą, ką integralumas leidžia ir ko reikalauja žvelgiant vien teisiškumo požiūriu. Mat šis klausimas uždavinį bendruomenei kaip visumai žymi, kaip pirmesnį už – ir struktūruojantį – tolesnius klausimus dėl to, kokie instituciniai sprendimai būtų būtini, kad tai būtų pasiekta.

Dabar galime dekoduoti figūrą, kurią kultivuoja nuosaikieji teisininkai, teisės neperžengiančios teisės ir teisės anapus teisės figūrą *(of law within and beyond law)*. Mūsų turimą teisę – esamą konkrečią teisę mums fiksuoja visa aprėpiantis integralumas. Tai teisė, adresuota teisėjui, teisė, kurią jis yra įpareigotas skelbti ir įgyvendinti. Tačiau esamoje teisėje glūdi kita teisė, užbrėžianti jos sau keliamas ambicijas; šią grynesnę teisę apibrėžia grynasis integralumas. Jos esmė – teisiškumo principai, kurie teikia geriausią esamos teisės pateisinimą, ją suprantant ne kokios nors konkrečios institucijos perspektyvos požiūriu, taigi abstrahuojantis nuo visų tų teisingumo ir proceso varžtų, kurių reikalauja visa aprėpiantis integralumas. Ši išgryninta interpretacija kalba ne apie atskirų teisėjų ar teisės kūrėjų, ar kokio kito politinio korpuso ar institucijos pareigas, bet tiesiogiai personifikuotajai bendruomenei. Ji skelbia, kaip bendruomenės praktikos turi būti reformuotos, kad koherentiškiau ir skvarbiau tarnautų socialinio teisiškumo vizijai, kurią bendruomenė iš dalies yra sau išsikėlusi, tačiau ji neskelbia, kuriam pareigūnui kokia užduotis tenka tame grandioziniame projekte.

Dabartinė teisė stiebiasi grynosios teisės link tais momentais, kai iškyla sprendimo modusai, kurie atrodo tenkiną teisingumą ir procesą ir priartiną teisę prie jos pačios ambicijos; teisininkai skelbia optimizmą dėl šio proceso, kai sako, jog teisė grynėja *(works itself pure)*. Šis optimizmas gali atrodyti esąs ne laiku ir ne vietoje. Kai kuriems mūsų teisės kritikams geresnis atrodo skeptinis pasakojimas: jie savo ruožtu pranašauja entropijos triumfą – kad teisė netenka savo visa apimančios substantyvinės koherencijos chaose, produkuotame savanaudiškų ir nebendramačių politinės galios koncentracijų. Kuri nuostata – pesimizmas ar optimizmas – yra išmintinga, o kuri – kvaila? Šitai ne mažiau priklauso nuo energijos ir vaizduotės nei nuo prognozavimo galios, mat kiekviena iš šių nuostatų, jeigu tampa pakankamai populiari, prisideda prie savo pačios pateisinimo.

TEISĖS SVAJOS

Teismai yra teisės imperijos sostinės, o teisėjai yra jos valdovai, tačiau ne pranašai ar aiškiaregiai. Užduotis artikuliuoti teisės ambicijas savo atžvilgiu, grynesnę teisės formą teisės viduje ir anapus mūsų turimos teisės tenka filosofams, jeigu jie nusiteikę to imtis. Tradicinėje nelaimingus įvykius reguliuojančioje teisėje radome lygybės sampratą, kuri, jei ją nevaržomai taikytume visiems Amerikos politinės ir ekonominės struktūros aspektams, kol priartėtume prie jos natūralių ribų, pareikalautų radikalių permainų nuosavybės ir išteklių apskritai skirstyme. Kitų tos lygybės sampratos atramų galime rasti kituose teisės padaliniuose. Galime, pavyzdžiui, paminėti sporadišką, kartais regresuojantį, tačiau apskritai imant nepaliaujamą progresą neįgaliesiems bei kitais atžvilgiais nelaimingiems žmonėms palankaus perskirstymo srityje ir galime argumentuoti, kad šį visa apimantį procesą geriau paaiškina išteklių lygybės samprata nei kitos sampratos, aiškinančios, ką reiškia traktuoti žmones kaip lygius. Mes patys renkamės šią sampratą; dabar mes teigiame, jog tai yra išgrynintosios teisės *(law purified)* tikslas, bendruomenės žvaigždė, rodanti kelią integralumo link, suprantamo vien teisiškumo požiūriu. Kokį argumentą dabar pradėjome?

Kitas mūsų teisę apmąstantis filosofas iškelia priešingą, konkuruojančią viziją. Jis supranta išgrynėjusią teisę kaip nuodugniau utilitarišką nesuvaržytąja prasme, nuosekliau ir tiksliau orientuotą maksimizuoti nekritišką žmonių bendrųjų preferencijų tenkinimą. Dar kitas filosofas aprašo labiau komunitarinę viziją; ši suponuoja teisę, kurioje nėra vietos individualioms teisėms, korumpuojančioms bendruomeniškumo jausmą, tvirtinamą šios vizijos, – jog vienintelis gėris yra bendruomeninis gėris, kad gyventi geriausia turint visuotinius standartus, nustatančius, koks gyvenimas yra geriausias. Negalime paneigti šių alternatyvių vizijų tiesiog atsijodami ir pasverdami teisės traktatus, atitinkančius jų vizijas, ir tuos, kurie atitinka mūsų viziją. Nė vieni neatitinka pakankamai gerai, kad dominuotų esamą teisę bendru mastu; visi atitinka pakankamai gerai, kad galėtų preten-

duoti į pagrįstumą. Argumentaciją dabar reikia perkelti į abstrakčios politinės moralės planą; ji turi judėti utopinės teorijos argumentų link. Tačiau ši argumentacija vis dar priklauso teisei, bent jau sušvelnintąja prasme, nes kiekvienas varžovas pradeda identifikuodamas savo idealizuojamosios ateities šešėlį dabartyje. (Nei marksistas, nei fašistas negalėtų rasti pakankamai esamos teisės, kurią galėtų geriausiai paaiškinti būtent jo politinė filosofija, kad būtų tinkamas varžyboms.) Sąsaja su paprasta teisine argumentacija, nors ir sušvelninta, yra esminės reikšmės dalykas, nes ji suteikia filosofiniam argumentui atskirą, tačiau papildomąjį vaidmenį platesnėje teisės politikoje.

Kiekviena iš besivaržančių filosofijų naudoja ir gerbia integralumą ir vertybes, kurios ją remia, – štai kokiu būdu. Kiekviena siūlo parodyti, kaip teisė gali plėtotis teisiškumo kryptimi, išsaugodama integralumą, etapais. Kiekvienas filosofas tvirtina, jog jo viziją galėtų realizuoti bendruomenė, progresuojanti žingsnis po žingsnio, kurie nebūtų revoliuciniai ir kiekvienas iš tų žingsnių tobulintų esamą struktūrą ir joje įsikomponuotų. Šį procesą iš išorinio požiūrio pozicijų stebėjome savo pradinėje teisės rutuliojimosi per laiką apžvalgoje 3-iame skyriuje, taip pat kai 4-ame skyriuje atmetėme teiginį, jog teisė yra daugiausia konvencijos dalykas. Aš sakiau, jog nors teisės turinys vienu tarpsniu bus labai skirtingas palyginti su kitu, vis dėlto sveikatingoje teisinėje sistemoje net reikšmingos permainos gali būti suprantamos kaip kylančios iš jau esamos teisės – kaip praturtinančios tą teisę, keičiančios jos pamatą, taigi provokuojančios tolesnį kitimą.

Taigi utopinė teisės politika yra – šia plačia prasme – vis dar teisė. Jos filosofai siūlo stambias programas, kurios gali – jeigu užvaldo teisininkų vaizduotę – jos progresą padaryti valingesnį ir reflektyvesnį. Jie yra grandinės romanistai, turintys omenyje ištisą epą, įsivaizduojantys kūrinį, besirutuliojantį per tomus, kuriems parašyti gali prireikti daugelio kartų. Šia prasme kiekviena iš jų svajų jau latentiškai glūdi esamoje teisėje; kiekviena svaja galėtų būti teisės ateitis. Tačiau svajos konkuruoja tarpusavyje, vizijos skiriasi, pasirinkimo negalima išvengti – ar tai būtų strateginis valstybės veikėjų, užiman-

čių aukštą teismo ir legislatyvinės tarnybos postą, apsisprendimas, ar menkesnio masto pasirinkimas tų, kurių sprendimai yra ribotesnės galios ir konkretesni. Jokia pavienė koherentiška programa negali išlaikyti imperatyvumą labai ilgai dideliam skaičiui žmonių; galiausiai mes galime būti palikti teisės sumanumo *(law's cunning)* valiai, o tai tėra kitas vardas gerų teisėjų gebėjimo suteikti tvarkingą formą istorinių atsitiktinumų lemiamam procesui tokią formą, kokią jie gali, kaip Heraklis turėjo daryti ankstesniuose skyriuose. Tačiau net tuomet filosofai dalyvauja teisės istorijoje – net kai nesutaria, ir nė viena vizija neužkariauja dominuojančio elektorato ilgam, mat net tuomet jų ginčai yra tai, kas neleidžia profesinei bendruomenei pamiršti teisės anapus teisės spaudimo – jog integralumo imperatyvai visuomet lieka iššūkis šiandienos teisei rytdienos galimybių vardu, jog kiekvienas sprendimas sunkiojoje byloje yra balsas už vieną iš teisės svajų.

EPILOGAS: KAS YRA TEISĖ?

Teisė yra interpretacinė sąvoka. Teisėjai turėtų nuspręsti, kokia yra teisė, interpretuodami kitų teisėjų sprendimo, kokia yra teisė, praktiką. Bendrosios teisės teorijos mums yra bendros mūsų pačių teisminės praktikos interpretacijos. Mes atmetėme konvencionalizmą, kuris geriausią interpretaciją randa idėjoje, jog teisėjai atskleidžia ir įgyvendina specialias teisines konvencijas, ir pragmatizmą, kuris geriausia interpretacija laiko kitokį pasakojimą: apie teisėjus kaip nepriklausomus geriausios ateities architektus, laisvus nuo slopinančio reikalavimo, jog jie vienas kito atžvilgiu turi veikti darniai pagal principą. Aš iškėliau trečią sampratą, teisės kaip integralios visumos, – sampratą, kuri vienija jurisprudenciją ir bylų sprendimą. Ji teisės turinį daro priklausomą ne nuo specialių konvencijų ar nepriklausomo ryžto, o nuo rafinuotesnių ir konkretesnių interpretacijų tos pačios teisinės praktikos, kurią ji pradėjo interpretuoti.

Šios konkretesnės interpretacijos yra akivaizdžiai teisinės, nes joms dominuojamą įtaką turi bylų sprendžiamasis visa aprėpiančio integra-

lumo principas. Bylų sprendimas nuo teisėkūros skiriasi ne kokiu nors vienu, paprastu atžvilgiu, o sudėtingu būdu, sąlygojamu to principo viešpatavimo. Jo įtaką atsekėme pripažindami stipresnę integralumo galią bylų sprendimui, galią, kuri integralumą daro suverenų teisės sprendinių atžvilgiu, tačiau nebūtinai suverenų teismų verdiktų atžvilgiu, pažymėdami, jog teisėkūra negali išvengti politinės nuostatos sprendinių, kurių bylų sprendimo kompetencija nenumato, nurodydami, kaip visa aprėpiantis integralumas suteikia galią atskiriems teisėjo vaidmens varžtams. Integralumas pats savęs neįgyvendina *(does not enforce itself):* būtinas sprendimas. Sprendimą struktūruoja įvairios interpretacijos dimensijos ir skirtingi jų aspektai. Pažymėjome, kaip įsitikinimai dėl dermės varžosi su substancijos sprendiniais ir juos varžo, ir kaip įsitikinimai dėl teisingumo, teisiškumo ir deramo procedūrinio proceso varžosi tarpusavyje. Interpretacinis sprendinys privalo kreipti dėmesį ir atsižvelgti į šias kelias dimensijas; jeigu jis to nedaro, jis yra nekompetentingas arba nesąžiningas – užmaskuota paprasta politika. Tačiau jis taip pat privalo sulydyti šias dimensijas į visa apimančią nuomonę: apie tai, kuri interpretacija, atsižvelgiant į viską, bendruomenės teisinę dosjė daro geriausią, kokia ji gali būti politinės moralės požiūriu. Taigi teisiniai sprendiniai yra be jokių išimčių atviri konkuruojamam kvestionavimui.

Tokią istoriją pasakoja teisės kaip integralios visumos samprata. Esu įsitikinęs, kad ji teikia geresnį mūsų teisės paaiškinimą negu konvencionalizmas ar pragmatizmas pagal kiekvieną iš dviejų interpretacijos dimensijų, taigi joks kompromisas tarp šių dimensijų nėra būtinas tuo lygmeniu, kuriuo integralumas konkuruoja su kitomis sampratomis. Kitaip tariant, teisė kaip integrali visuma teikia tiek geresnę dermę su mūsų teisine praktika kaip visuma, tiek geresnį jos pateisinimą. Aš argumentavau pateisinamąjį teiginį, identifikuodamas ir studijuodamas integralumą kaip atskirą įprastos politikos dorybę, egzistuojančią greta kitų ir kartais konfliktuojančią su įprastesnėmis – teisiškumo ir teisingumo dorybėmis. Mes turėtume pripažinti integralumą kaip įprastinės politikos dorybę, nes turėtume mėginti savo politinę bendruomenę suvokti kaip principo bendruo-

menę; turime to siekti, be kitų priežasčių, todėl, kad ta bendruomenės samprata teikia patrauklų pamatą politinio legitimumo pretenzijoms pagrįsti laisvų ir nepriklausomų žmonių bendruomenėje, kurie laikosi skirtingų nuomonių dėl politinės moralės ir išminties.

Pirmą teiginį – jog teisės kaip integralios visumos samprata puikiai nušviečia mūsų teisinę praktiką, ne su ja dera – aš argumentavau parodydamas, kaip idealus teisėjas, įsipareigojęs teisei kaip integraliai visumai, spręstų trijų tipų sunkiąsias bylas: bendrosios teisės, pagal įstatymus ir, Jungtinėse Valstijose, pagal Konstituciją. Aš įsivaizdavau Heraklį sprendžiantį keletą bylų, kurias 1-ame skyriuje pasiūliau kaip darbinius pavyzdžius, ir mano dermės teiginius galima patikrinti, jo samprotavimą palyginant su tos rūšies argumentais, kurie atrodė derami teisininkams ir teisėjams abiejose tų bylų pusėse. Tačiau toks testas pernelyg ribotas, kad ką nors galutinai išspręstų; teisę studijuojantieji ir teisininkai galės tikrinti teisės kaip integralios visumos aiškinamąją galią daug platesne ir įvairesne praktinio teisės veikimo patirtimi.

Ar aš pasakiau, kas yra teisė? Geriausias atsakymas – aš pateikiau tam tikrą dalį atsakymo. Nesukūriau algoritmo teismui. Joks elektronikos magas negalėtų iš mano argumentų sukurti kompiuterio programos, teikiančios verdiktą, kurį visi pripažintų, kai bylos faktai ir visų praeities įstatymų ir teisėjų sprendimų tekstas būtų suvesti į kompiuterį. Tačiau aš nepadariau išvados, kurią daugelis skaitytojų mano esant logišką. Aš nesakiau, jog niekuomet nėra vieno teisingo būdo išspręsti sunkiąją bylą, o visada – tik įvairūs būdai. Priešingai, aš sakiau, kad ši iš pažiūros žemiška ir gudri išvada yra viena iš dviejų: didelė stambi filosofinė klaida, jeigu ją perskaitome kaip diktuojamą išorinio skepticizmo, arba pati yra ginčytina politinė pozicija, pagrįsta abejotinais politiniais įsitikinimais, jeigu ją traktuojame – kaip aš pats esu linkęs daryti – kaip globalaus vidinio skepticizmo bravūrą.

Aš aprašiau vienas nuo kito neatsiejamus interpretacinius klausimus, kuriuos teisėjas turėtų sau iškelti, taip pat atsakymus, kuriuos, kaip esu dabar įsitikinęs, jis turi pateikti, atsakydamas į abstraktes-

nius ir fundamentalesnius iš šių klausimų. Kai kuriais atvejais leidausi dar toliau, kad parodyčiau sprendimo kapiliarus, ne tik arterijas, bet tai dariau tik pavyzdžio dėlei ir ne detaliau, nei buvo reikalinga iliustruoti sprendimų, kuriuos turi daryti teisėjai, pobūdžiui. Mūsų pagrindinis rūpestis buvo identifikuoti teisinės argumentacijos skyrimosi taškus *(the branching points),* momentus, kai nuomonė pasidalija taip, kaip numato teisės kaip integralios visumos samprata. Kad ir kokį kelią konkretaus verdikto link Heraklis pasirinktų, atsispirdamas nuo bendrosios sampratos, kitas teisininkas ar teisėjas, kurio pradžios pozicija buvo ta pati samprata, atrastų kitokį kelią ir pabaigoje būtų kitoje vietoje, kaip padarė tie keletas teisėjų mūsų parinktose bylose. Jis prieitų kitą poziciją, nes kokiame nors taške jis atsiskirtų nuo Heraklio trajektorijos, vadovaudamasis savo paties supratimu, – anksčiau ar vėliau argumentacijos procese.

Tad į klausimą, kiek man pavyko parodyti, kas yra teisė, kiekvienas skaitytojas sau atsakys individualiai. Jis turi savęs paklausti, iki kurio taško jis eis įkandin manęs argumentacijos keliu, turėdamas omenyje įvairius interpretacinius, politinius ir moralinius įsitikinimus, kuriuos jis įsitikina turįs po refleksijos, kurią mėginau sužadinti. Jeigu jis anksti atsiskiria nuo mano argumentacijos, kuriuo nors lemiamos reikšmės abstrakčiuoju etapu, tai mano argumentacija jo akyse yra didžiąja dalimi nenusisekusi. Jeigu jis atsiskiria tik į pabaigą ir dėl reliatyvių detalių, tai mano argumentacija apskritai imant pavyko. Tačiau būsiu patyręs triuškinantį pralaimėjimą, jeigu jis išvis neatšlyja nuo mano argumento.

Kas yra teisė? Dabar siūlau kitokį atsakymą. Teisės neišsemia joks normų ar principų katalogas, normų ir principų, iš kurių kiekviena (kiekvienas) viešpatauja kokiame nors diskrečiame elgesio teatre. Jos neišsemia ir joks pareigūnų ir kiekvieno iš jų galių mūsų gyvenimo dalies atžvilgiu registras. Teisės imperiją apibrėžia nuostata, o ne teritorija ar galia, ar procesas. Šią nuostatą studijavome daugiausia apeliacinių teismų kontekste, kur ji pasirodo specialiais apdarais, skirtais apžiūrai, tačiau ji turi persmelkti visą mūsų kasdienį gyvenimą, kad galėtų mums gerai tarnauti ir teisme. Tai interpretacinė, autoref-

lektyvi nuostata, taikoma politikai plačiausia prasme. Būtent protestantiška nuostata kiekvieną pilietį saisto atsakomybe įsivaizduoti, kokie yra jo visuomenės viešieji įsipareigojimai principui ir ko šie įsipareigojimai reikalauja naujomis aplinkybėmis. Protestantišką teisės pobūdį patvirtina ir kūrybinį privačių sprendimų vaidmenį pripažįsta ir atodaira bei spręsmas, grindžiantys teisėjų sprendimus, taip pat ta reguliatyvinė prielaida, jog nors paskutinis žodis turi tekti teisėjams, jų žodis būtent dėl šios priežasties nėra geriausias žodis. Teisės nuostata yra konstruktyvi: būdama ištikima interpretacinei dvasiai, ji siekia priskirti praktikai principą, kad parodytų geriausią kelią į geresnę ateitį, išlaikydama deramą saitą su praeitimi. Galiausiai tai brolišką nuostata, išreiškianti tą faktą, jog turime mus vienijančią bendruomenę, bet ne vieningą projektą, interesą ir įsitikinimus. Būtent šitai, kad ir kaip žiūrėtume, mums yra teisė – žmonėms, kokiais mes norime būti, ir bendruomenei, kurios mes siekiame.

Išnašos

1. KAS YRA TEISĖ?

1 *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 486 (1954).

2 *Priestley v. Fowler* [1837] 3 M. & W. 1.

3 Žr. Law Reform (Personal Injuries) Act 1948, 35 *Halsbury's Statutes of England* 548 (3rd ed.).

4 *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* [1975] 3 All E. R. 484.

5 Taip daro teisės mokyklų egzaminuotojai, vertindami egzamino referatus. Kai kuriems žmonėms toks terminų „teisinga" ir „klaidinga" vartojimas kelia diskomforto jausmą, tačiau jie gerai jaučiasi sakydami, kad teisės propozicijos gali būti „pagrįstos" *(sound)* arba „nepagrįstos" *(unsound)*, ar kaip nors panašiai, o tai šios knygos kontekste yra iš esmės tas pat. Žr. skeptiško požiūrio į teisę aptarimą 2-ame ir 7-ame skyriuose.

6 Turiu galvoje teisinius „realistus", aptariamus vėliau šiame skyriuje, tokius kaip Jerome'as Frankas *(Law and the Modern Mind* [New York, 1949]), ir „kritinių teisės studijų" sąjūdį, aptariamą 7-ame skyriuje (bendram vaizdui susidaryti žr. 38 *Stanford Law Review* 1–674 [1984], simpoziumas, skirtas kritinėms teisės studijoms).

7 Žr., pvz., Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process,* ypač 165–180 (New Haven, 1921).

8 Šios galimybės svarstomos 9-ame ir 10-ame skyriuose.

9 Oliver Wendell Holmes, „The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* (1897).

10 *Riggs v. Palmer,* 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

11 Id. 189.

12 Šis tarpinis principas kuria pakankamai rimtų problemų, ir kai kurias iš jų mes svarstysime 9-ame skyriuje.

13 *Tennessee Valley Authority v. Hill,* 437 U.S. 153 (1978). Šio atvejo kaip svarbiausio pavyzdžio svarbą pažymėjo Johnas Oakley.

14 The Endangered Species Act of 1973, Pub. L. No. 93–205, sec. 7, 87 Stat. 884, 892 (kodifikuotas kaip pataisytas: 16 U.S.C. sec. 1536 [1982]).

15 The Endanger'd Species Act Amendments of 1978, Pub. L. No. 95–632, 92 Stat. 3571 (kodifikuotas kaip pataisytas: 16 U.S.C. sec. 1536 [1982]).

16 *Tennessee Valley Authority v. Hill,* 437 U.S. 153, 185 (1978).

17 Id., 196 (Powell, J. dissenting).

18 *McLoughlin v. O'Brian* [1983] 1 A.C. 410, reversing [1981] Q.B. 599.

19 *Marshall v. Lionel Enterprises Inc.* [1972] O.R. 177.

20 *Chadwick v. British Transport* [1967] 1 W.L.R. 912.

21 Žr., pvz., *Jaffree v. Board of School Comm'rs,* 554 F. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1982) (apylinkės teismo teisėjas atsisako vadovautis Aukščiausiojo teismo precedentu), *rev'd sub nom. Jaffree v. Wallace,* 705 F.2d 1526 (11th Cir. 1983), *aff'd* 605 S. Ct. 2479 (1985).

22 Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 W.L.R. 1234.

23 [1981] Q.B. 599.

24 [1983] 1 A.C. 410.

25 163 U.S. 537 (1896).

26 *Brown v. Board of Education,* 347 U.S. (1954). Ši nuomonė apibendrino bylas, inicijuotas segreguotų Topekos (Kanzaso valstija), Klarendono apygardos (Pietų Kalifornija), Princo Edvardo apygardos (Virdžinija) bei Niukaslo apygardos (Delvaro valstija) bylas. Žr. 347 U.S. 486 n.1.

27 Ši frazė buvo pavartota antrojoje bylos, sprendusios teisių atkūrimo priemonių klausimus, nuomonėje. *Brown v. Board of Education,* 349 U.S. 294, 301 (1955).

28 Žr. Charles Fairman, „Forward: The Attack on the Segregetion Cases", 70 *Harvard Law Review* 83 (1956).

29 Kartais sakoma, kad tų teorijų, kurias aš vadinu semantinėmis, tikslas yra ne išplėtoti teorijas apie tai, ką reiškia žodis „teisė", – kaip sugestijuoja šis pavadinimas, – o veikiau nustatyti *(lay bare)* būdingus ir išskirtinius *(distinctive)* teisės kaip socialinio fenomeno bruožus. Žr., pvz., Ruth Gavison „Comments on Dworkin", netrukus pasirodysiančiuose *Papers of the Jerusalem Conference.* Tačiau šis priešpriešinimas pats yra

nesusipratimas. Filosofai, kuriuos aš turiu galvoje ir kurių teorijos aprašomos toliau šioje knygoje, pripažįsta, kad pats išskirtiniausias teisės kaip „socialinio fenomeno" aspektas yra tas, kad teisės institucijų dalyviai operuoja *(deploy)* teisės propozicijomis ir dėl jų diskutuoja, ir mano, kad svarbu – paprastai lemiama, – ar joms yra pritariama, ar jos atmetamos. Klasikinės teorijos mėgina paaiškinti šį pagrindinį ir visa aprėpiantį *(pervasive)* teisinės praktikos aspektą, aprašydamos teisės propozicijų prasmę – ką šios reiškia tiems, kurie jas vartoja, – ir šis paaiškinimas turi arba „teisės" definicijų senesniuoju stiliumi formą, arba teisės propozicijų „tiesos sąlygų" aiškinimų – aplinkybių, kuriomis teisininkai jiems pritaria arba jas atmeta, – modernesniu stiliumi formą.

30 Žr. J. L. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (H. L. A. Hart ed., New York, 1954) ir *Lectures in Jurisprudence* (5th ed. 1885). Taip pat žr Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (J. H. Barns and H. L. A. Hart eds., London, 1970).

31 H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (London, 1961).

32 Žr. išskirtinai aiškų prigimtinės teisės teorijų aptarimą ir moderniosios versijos gynimą kn. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (New York, 1980).

33 Žr., pvz., Holmes, supra n. 9.

34 Žr. Hart, supra n. 31, 129–150 ir „Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review* 593 (1958). Hartas remiasi perskyra tarp ašies ir paribio *(penumbra)* aiškindamas, kodėl teisėjai turi turėti diskreciją užkaišioti įstatymų spragas, ir tuomet sugestijuoja, kad tikėtina, jog svarbiausioji norma, kurią bet kuri bendruomenė naudoja identifikuoti teisės galiojimo sričiai *(extension)*, pati turės šešėlinę zoną, kuri gali sukelti ginčus, kuriuose „viskas, kas pavyksta, yra sėkmė" *(all that succeeds is success)*.

35 Žr. Svetlana Alpers, *The Art of Describing* 243–244 n. 37 (London, 1983) ir ten cituojamą medžiagą.

2. INTERPRETACIJOS SĄVOKOS

1 Žr. mano *Rimtas požiūris į teises* (Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, Vilnius, 2004) neįprastos interpretacinės problemos šachmatų turnyre diskusiją.

2 Toliau tekste šią prielaidą, – kurios, kūrybinė interpretacija turi būti pokalbio interpretacija, aš svarstysiu daugiausiai vienos literatūros tyrėjams gerai pažįstamos idėjos aptarimo kontekste: kad literatūros kūrinio interpretavimas reiškia jo autoriaus intencijų atkūrimą. Tačiau ši prielaida turi bendresnį pagrindą filosofinėje literatūroje apie interpretaciją. Wilhelmas Dilthey, vokiečių filosofas, turėjęs didelę įtaką diskusijose apie objektyvumą socialiniuose moksluose, vartojo žodį *verstehen* aprašyti būtent tos rūšies supratimui, kurį mes pasiekiame išsiaiškinę, ką kas nors kitas nori pasakyti tuo, ką jis sako (galėtume pasakyti, jog šia prasme suvokimas, kaip kito supratimas, numato savitarpio susipratimą, o ne visų įmanomų kito elgesio ar jo mentalinio gyvenimo supratimo būdų ar metodų aprašymą. (Žr. *Meaning in History: Dilthey's Thought on History and Society* [H. P. Rickman trans. and ed., London, 1961].) Jis iškėlė klausimą, ar – ir kaip – šios rūšies supratimas yra įmanomas nepaisant kultūrinių atotrūkių; šios problemos raktą jis rado „istorinėje" sąmonėje: proto būklėje, kurią reti ir atsidėję interpretuotojai pasiekia per savo paties gyvenimo bendrosios struktūros ir kategorijų refleksiją tokiu aukštu abstrakcijos lygiu, kad ją galima tarti – bent jau laikantis metodologinės hipotezės – peržengiant laiko ribas. Šiuolaikiniai šių tebesitęsiančių debatų lyderiai, tokie kaip Gadameris ir Habermasas, juda kita kryptimi. Gadameris mano, kad Dilthey sprendimas suponuoja hėgeliškąjį aparatą, kurio Dilthey labai norėjo atsikratyti. (Žr. H. G. Gadamer, *Truth and Method,* ypač 192–214 [vert. į anglų k., 2-as leidimas, London, 1979].) Jis mano, kad archimediška istorinė sąmonė, kurią Dilthey tarė esant įmanomą, sąmonė, laisva nuo to, ką Gadameris vadina – ypatingąja jo šiam žodžiui teikiama prasme – išankstine nuostata *(prejudices),* yra neįmanoma, ir kad daugiausia, ko mes galime tikėtis pasiekti, yra „efektyvi istorinė sąmonė", kuri siekia ne pažvelgti į istoriją ne iš taško *(from no point of view),* o suprasti, kaip mūsų pačių taškas yra veikiamas pasaulio, kurį mes norime interpretuoti. Habermasas savo ruožtu kritikuoja Gadamerį dėl šio pernelyg pasyvaus požiūrio, anot kurio, komunikacijos kryptis yra vienakryptė, ir interpretuotojas turi stengtis pasimokyti iš to, ką jis interpretuoja, ir taikyti tai su ta prielaida, kad jis subordinuoja savo interpretaciją interpretuojamam autoriui. Habermasas pateikia esminės svarbos pastabą (kuri

nurodo konstruktyvinės, o ne konversacinės interpretacijos kryptimi), kad interpretacija suponuoja, jog ir autorius gali pasimokyti iš interpretuotojo. (Žr. Jürgen Habermas, *1 The Theory of Communicative Action* [T. McCarthy vert., Boston, 1984].) Tačiau ilgi debatai tęsiasi, daugiausiai dominuojami prielaidos, kurią aprašau tekste, kad vienintelė priežastimi-pasekme besiremiančio socialinių faktų supratimo alternatyva yra konversacinis supratimas pagal *verstehen* modelį.

3 Žr. W. V. O. Quine, *Word and Object* 58–59 (Cambridge, Maso, 1960). Geraširdiškumo principą kitokiame kontekste plėtoja ir taiko Wilson, „Substance without Substrata", 12 *Review of Metaphysiscs* 521–539 (1959).

4 Žr. T. Kuhn, *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change,* 320–351 (Chicago, 1977); Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution* (2nd ed., Chicago, 1970); K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (New York, 1959).

5 Žr. Gadamer, supra n. 2.

6 Šį pavyzdį pasiskolinau iš Thomo Grey.

7 Džesikos vaidmenį pabrėžė Jonathanas Milleris savo 1969 metų pastatyme.

8 Šis argumentas plėtojamas 9-ame ir 10-ame skyriuose, įstatymų ir Konstitucijos interpretavimo kontekste. Taip pat žr. *Rimtas požiūris į teises,* 5 sk., ir mano *A Matter of Principle* 2 sk. (Cambridge, Mass., 1985).

9 Stanley Cavell, *Must We Mean What We Say?* 8-as sk. (New York, 1969). Plg. Gadamer supra n. 2, 39–55.

10 Cavell, supra n. 9, 228–229.

11 Žr. T. S. Eliot, „Tradition and the Individual Talent", *Selected Essays* (New York, 1932).

12 Nebent aplinkybės būtų neįprastos. Įsivaizduokite tokią seką: kritikas tvirtina, kad nors pats Fellini filmuodamas to nesuvokė, teisinga *La Strada* interpretacija turi remtis Filomelio istorija. Tada kritikas priduria, kad taip suprantamas šis filmas yra itin banalus. Mes paliekami be jokios nuorodos, kodėl jis teikia perskaitymą, kurį jis teikia. Aš nenoriu pasakyti, kad bet kokios rūšies veikla, kurią mes vadiname interpretacija, siekia padaryti geriausia iš to, ką ji interpretuoja, – „mokslinė" holokausto interpretacija nemėgintų parodyti Hitlerio motyvų pačioje pa-

traukliausioje šviesoje, taip pat tas, kuris mėgina parodyti komikso seksistinius efektus, nesistengs pateikti neseksistinį perskaitymą, – o tik kad šitaip yra normaliais ar paradigminiais kūrybinės interpretacijos atvejais. Žinoma, kas nors galėtų užsimoti diskredituoti rašytoją, mėgindamas parodyti šio kūrybą blogiausioje, o ne geriausioje šviesoje, ir, suprantama, savo argumentus jis prezentuos kaip interpretaciją, kaip teiginį apie tai, kokia „iš tikrųjų yra" to rašytojo kūryba. Jeigu jis iš tikrųjų mano, kad jokia kita interpretacija, kuriai būtų galima atiduoti pirmenybę, nėra lygiai tiek pat tinkama, tai jo argumentas atitinka mano aprašymą. Bet tarkime, kad jis taip nemano ir pašalina patrauklesnį perskaitymą, kuris taip pat yra tinkamas tekstui. Tuo atveju jo strategija yra parazitiška normalios deskripcijos atžvilgiu, nes jam pasiseks tik tuomet, jei jo auditorija nesuvokia jo tikrų tikslų; tik jeigu jie mano, kad jis mėgino produkuoti geriausią tinkamą interpretaciją.

13 Gadamer, supra n. 2.

14 Habermasas pažymi, kad būtent dėl šios priežasties socialinis mokslas skiriasi nuo gamtos mokslo. Jis argumentuoja, kad net kai mes diskredituojame niutoniškąją pažiūrą į gamtos mokslą kaip teoriškai neutralių fenomenų paaiškinimą *(theory-neutral phenomena)* moderniosios pažiūros naudai, anot kurios, mokslininko teorija determinuos tai, kaip jis traktuos duomenis, tarp gamtos ir socialinio mokslo vis vien lieka svarbus skirtumas. Visuomenės tyrėjai duomenis atranda jau *pre*-interpretuotus. Jie turi suprasti elgesį tuo būdu, kuriuo jis jau yra suprantamas žmonių, kurie jį praktikuoja; visuomenės tyrėjas turi būti bent jau „virtualus" dalyvis tų elgsenų, kurias jis nori aprašyti. Kitaip tariant, jis turi būti pasirengęs vertinti *(judge)*, ne tik aprašyti teiginius, kuriuos teikia jo subjektai, nes jeigu jis negali jų įvertinti, jis negali jų suprasti. (Žr. Habermas, supra n. 2, 102–111). Pagrindiniame knygos tekste aiškinu, kad dėl šios priežasties visuomenės tyrėjo pastanga suprasti argumentacinę socialinę elgseną, tokią kaip pagarbumo elgsena (arba, kaip teigsiu, teisę), turi dalyvauti jos paprastų narių dvasioje, net kai jo dalyvavimas yra tik „virtualus". Kadangi teikdami savo požiūrius į tai, ko iš tikrųjų reikalauja pagarbumas, jie neturi intencijos interpretuoti vienas kitą konversaciniu būdu, negali ir jis, kai teikia savąsias pažiūras. Jo mandagumo

interpretacija turi nurungti *(contest)* jų interpretaciją, todėl ji turi būti konstruktyvinė, o ne konversacinė interpretacija.

15 Socialinės, arba grupinės sąmonės, idėja atrodo įgalinanti pabėgti nuo stambaus keblumo, kuris, kaip plačiai manoma, kelia grėsmę konversacinės interpretacijos, kertančios kultūrų ir laiko ribas, galimybei. Kaip mes galime suprasti tai, ką kas nors labai seniai parašė ar mąstė skirtingoje kultūroje, arba tai, ką jam reiškė jo socialinės elgsenos ir institucijos? Negalime jo suprasti, jeigu nežiūrime į pasaulį taip kaip jis, tačiau mes negalime liautis pasaulį regėti taip, kaip jį jau regime, užsklęsti mūsiškėje kalboje ir kultūroje, ir šitaip žiūrint jo teiginiai gali atrodyti kvaili ir nemotyvuoti. (Žr. šio argumento versiją, pritaikytą teisiniam kontekstui: Robert Gordon, „Historicism in Legal Scholarship", 90 *Yale Law Journal* 1017, 1021 [1981].) Mes negalime tikėtis suvokti, ką luomas reiškia žmonėms, iš kurių nė vienam jis nekelia rūpesčių, lygiai kaip negalime suprasti to, kuris sako, kad jis kenčia skausmus, ir ne tik to nepaiso, bet nesuvokia, kodėl šitai turėtų rūpėti kitiems. Tačiau jeigu mes galime pripažinti tai, jog kultūros ir amžiai gali turėti tam tikrą tvarią sąmonę ir kad pati istorija turi savo visa apimantį mentalinį gyvenimą, vienos epochos žmonės *gali* tikėtis suprasti kitos epochos žmones, nes jie visi dalyvauja bendroje sąmonėje su tvariomis prasmėmis, kurios yra jiems bendros. Ši ambicinga idėja yra paskirų žmonių konversacinių aktų, išreiškiančių jų individualius interesus ir prielaidas, abstrahavimo į didesnių socialinių vienetų, galiausiai gyvenimo ir proto *(mind)* tikslus ir motyvus, rezultatas.

Aš čia negaliu aptarti nei grupinės dvasios ontologijos, nei sugestijos, kad grupinė dvasia teikia kultūrinės izoliacijos problemos sprendimą, validumo. (Žr. nuorodas į Dilthey'ų, Gadamerį ir Habermasą, supra išn. 2.) Tačiau verta pažymėti, kad ši problema yra ydinga ir grėsli tik tuomet, kai kalbama apie konversacinę, o ne konstruktyvinę interpretaciją. Kai deramumui nenusižengiama mano aprašytosios interpretacinės laikysenos laikantis kokios nors kitos kultūros atžvilgiu (žr., pavyzdžiui, svetimų ir sugedusių teisinių sistemų aptarimą 3-iame skyriuje), mes mėginame suprasti ją ne konversaciškai, bet darydami iš jos geriausia, kas ji gali būti pagal mūsiškus tikslus ir įsitikinimus. Jeigu mes manome, kad tikslas reikalauja iš mūsų atskleisti tikruosius istorinių aktorių įsitikini-

mus, kurie galbūt nesutampa su mūsų įsitikinimais, arba jų laikytis, izoliacijos problema lieka. Mes galime būti nepajėgūs prasmingai priskirti Shakespeare'ui netgi tą reliatyviai abstrakčią intenciją savo amžininkams sukelti tam tikrą sudėtingą reakciją į Šailoką. Tačiau šios problemos, kai jos atrodo rimtos, tampa paskata konstruktyvinės interpretacijos reikalavimus pritaikyti tam, ką mes galime pasiekti, – mes galime atskleisti kokią nors teatro vertės dimensiją, kuri įgalina mus iš *Venecijos pirklio* padaryti geriausia, ką iš jo įmanoma padaryti (arba iš germaniškųjų tradicinės teisės [*common law*] pirmtakų), nesigriebiant abejotinų spekuliacijų apie proto būklę, nuo kurios mus skiria kultūriniai barjerai. Mat konstruktyvinėje interpretacijoje istorinės intencijos nėra konstitutyvūs interpretatyvinio supratimo pagrindai. Jų atkūrimo nesėkmė nėra interpretacijos katastrofa, nes esama kitų būdų, ir dažnai kur kas geresnių, įžvelgti tradicijų, kuriose dalyvaujame, vertę.

16 Žr. platų šios perskyros bei kūrybinės interpretacijos apskritai aptarimą: Dworkin, „Law as Interpretation", *The Politics of Interpretation* 287 (W. J. T. Mitchell ed., Chicago, 1983); S. Fish, „Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature", 60 *Texas Law Review* 373 (1982); Dworkin, „My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", *The Politics of Interpetation,* 287; S. Fish, „Wrong Again", 62 *Texas Law Review* 299 (1983). Dworkino straipsniai perspausdinti (tiesa, antrasis pakeistas ir sutrumpintas) kn. *A Matter of Principle,* sk. 6 ir 7.

17 Šias tris interpretacijos pakopas galime reziumuoti pastaboje, kad interpretacija siekia pusiausvyros tarp preinterpretacinio socialinės elgsenos supratimo ir tos elgsenos tinkamo pateisinimo. „Pusiausvyros" terminą paėmiau ir Rawlso, tačiau šis interpretacijos supratimas skiriasi nuo jo *apiere* samprotavimo apie teisingumą supratimo. Jis projektuoja pusiausvyrą tarp to, ką jis vadina „intuicijomis" apie teisingumą, ir formalios teorijos, vienijančios tas intuicijas. Žr. John Rawls, *A Theory of Justice* 20–21, 48–50 (Cambridge, Mass., 1971). Socialinės elgsenos interpretacija siekia pusiausvyros tarp elgsenos pateisinimo ir jos pointerpretacinių reikalavimų.

18 Reikšmingas mėginimas pateikti teisinės sistemos „definuojančius bruožus" yra Josepho Razo *The Concept of a Legal System* (2nd ed., Oxford, 1980).

19 Apie bendruomenių tapatybę ir – kontroversiškiau – asmeninę tapatybę žr. puikią Dereko Parfito knygą *Reasons and Persons* (Oxford, 1984).

20 Teisingumas ir kitos aukštesnės tvarkos moralinės sąvokos yra interpretacinės sąvokos, tačiau jos yra kur kas sudėtingesnės ir įdomesnės nei pagarbumo sąvoka, taip pat ne tokios naudingos kaip analogija teisei. Svarbiausias skirtumas tarp teisingumo ir pagarbumo – šiame kontekste – glūdi pirmosios sąvokos latentiškame globalume *(global reach)*. Žmonės mano įsivaizduojamoje bendruomenėje „pagarbumo terminą" vartoja perteikti savo elgsenos, kurią jie supranta kaip savo vietinę, interpretacijoms. Jie žino, kad geriausia jų elgsenos interpretacija nebūtinai būtų geriausia panašios bet kurios kitos bendruomenės elgsenos interpretacija. Tačiau jeigu teisingumą laikome interpretacine sąvoka, įvairių žmonių teisingumo sampratas, – nors jos neišvengiamai yra plėtojamos kaip interpretacijos tų elgsenų, kuriose dalyvauja jie patys, – turime traktuoti kaip pretenduojančias į globalesnį ar transcendentinį autoritetą, taigi kaip tokias, kurios gali tarnauti kaip pamatas kritikuoti kitų žmonių teisingumo elgsenoms, net – ar ypač – kai šios yra radikaliai skirtingos. Atitinkamai interpretacija turi didesnę veiksmų laisvę: iš teisingumo teorijos nereikalaujama užtikrinti gerą dermę su politinėmis ar socialinėmis konkrečios bendruomenės elgsenomis, o tik su pačiais abstrakčiausiais ir elementariausiais kiekvieno interpretuotojo įsitikinimais. (Žr. naujausią šiuo atžvilgiu traktuojamų skirtumų tarp teisingumo ir teisės aptarimą: *A Matter of Principle,* sk. 10, bei mano diskusiją su Michaeliu Walzeriu, *New York Review of Books,* Apr. 14, 1983.) Teisingumas yra ypatingas kita prasme. Kadangi tai yra aiškiausiai politiškas iš moralinių idealų, jis yra natūralus ir įprastinis elementas kitų socialinių elgsenų interpretacijoje. Teisės interpretacijos, kaip mes matysime, dažnai apeliuoja į teisingumą kaip į vieną iš tikslų, turimų omenyje interpretacinėje stadijoje. Teisingumo interpretacijos negali pačios apeliuoti į teisingumą, ir šitai padeda paaiškinti daugelio teisingumo teorijų filosofinį sudėtingumą ir ambiciją. Mat kai teisingumo, kaip fundamentalios ir visa smelkiančios politinės elgsenos tikslo, galimybė paneigiama, natūralu dairytis pateisinimo tarp pirmapradiškai nepolitinių idėjų, tokių kaip žmogaus prigimtis arba

subjektyvumo teorija, o ne tarp kitų politinių idėjų, kurios neatrodo svarbesnės ar fundamentalesnės nei pats teisingumas.

21 Tačiau tai, jog šis sąvokos nusakymas akivaizdžiai neaprėpia Marxo politinės teorijos, paaiškina paties Marxo ambivalentiškumą bei jo tyrėjų ir kritikų ambivalentiškumą galimybės jo teoriją laikyti teisingumo teorija klausimu. Žr. intriguojantį Stepheno Lukeso aiškinimą jo kn. *Marxism and Morality* (London, 1985).

22 Kadangi net preinterpretacinė stadija reikalauja interpretacijos, šios atribojančios linijos apie elgseną nėra preciziškos ar užtikrintos. Antai mes nesutariame, ar galima būti neteisingam su gyvūnais – ar jų atžvilgiu tegalima būti žiauriam, ir dėl to, ar santykiai tarp grupių, priešpriešinamų individams, yra teisingumo reikalas.

23 Kai kurie kritikai, kuriems šis pavaizdavimas šiaip kelia entuziazmą, mėgina užglaistyti jo skeptinę prasmę. Jie remiasi idėja, kad „kritinės bendruomenės" bendrai išplėtoja „konvencijas", nustatančias, kas laikytina gera arba bloga konkretaus teksto interpretacija, ir sako, kad šios konvencijos teikia individams suvaržymų, egzistuojančių anapus jų pačių, jausmą, taigi ir atskleidimo jausmą, kai jie įžvelgia šių konvencijų implikacijas konkrečiam meno kūriniui. Žr. Stanley Fish, *Is There a Text in This Class?* (Cambridge, Mass., 1980). Tačiau šis „sprendimas" yra apgaulingas. 4-ame skyriuje pamatysime, kad konvencijos idėja pati savaime yra gana mįslinga; o aptariamąja prasme ji yra ir nevykusi. Ar galima manyti, kad profesionalus kolegas sieja bendra konvencija, nustatanti, pavyzdžiui, kaip geriausia skaityti *Prarastąjį rojų,* kai jie nesutaria dėl to, koks perskaitymo būdas yra geriausias? Jeigu mes pripažįstame, kad tuo atveju jie neturi jokios bendros konvencijos – kad kolegos gali priklausyti labai skirtingoms interpretacinėms „bendruomenėms", net jei jų kabinetai yra priešpriešiais tame pačiame koridoriuje – mes vis tiek paliekame nepaaiškinta, kaip kas nors gali galvoti, kad jo interpretacija yra geresnė už kolegos interpretaciją, kuris priklauso kitai bendruomenei. Mat tokiu atveju jis mano ne tik kad tų dviejų bendruomenių konvencijos yra skirtingos, be kad jo bendruomenės konvencijos yra geresnės, tokios, kurias teisinga naudoti. Taigi konvencijų ir profesinių bendruomenių idėja yra anoks išsigelbėjimas, ir mes turėsime susiremti su iššūkį metančia pozicija, anot kurios, nesama

„teisingo atsakymo“ į klausimą, kaip *Prarastasis rojus* turėtų būti skaitomas, ir kad esama tik skirtingų interpretacijų, o ne geresnių ir blogesnių.

24 Žr., pvz., *Morality and Objectivity* (Ted Henderich ed., London, 1985); Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Cambridge, Mass., 1985) bei Thomas Nagel, *The View from Nowhere* (pasirodys netrukus).

25 Žr. *A Matter of Principle,* sk. 5, 6 ir 7.

26 Jeigu laikyčiausi priešingos pažiūros ir sakyčiau, kad iš tikrųjų aš nemanau, jog romo ir razinų pranašumas yra objektyvus faktas apie dalyką, o ne tik mano subjektyvus skonis, ir kad aš aprašau pačių ledų savybę, o ne savo preferencijų savybę, jūs nesutiktumėte, tačiau mūsų nesutarimas nebūtų koks nors antraeilis nesutarimas dėl sveiku protu pagrįstų estetinių teiginių galimybės. Tai būtų dviejų estetinių stilių ar laikysenų varžybos: mano kvailos pažiūros, kad kiekvienas turi [svarią] priežastį vertinti romo ir razinų aromato patirtį, patinka ar nepatinka jam ta patirtis, ir jūsų patrauklesnio (vidinio) skepticizmo, anot kurio, ledai gali turėti tokią estetinę vertę. Jūsų nuomonė būtų ne ta, kad mano ontologija yra defektyvi dėl to, jog aš manau, kad vertė leduose glūdi taip pat, kaip juose glūdi grietinėlė ir cukrus, bet kad defektyvus yra mano juslumas, kad aš neturiu jokio supratimo apie tikros estetinės patirties pobūdį.

27 Kai kas nors turi nuomonę ar įsitikinimą, prasminga pasiteirauti apie jos kilmę, t. y. paprašyti paaiškinimo, kaip jis ją įgijo. Kai kurie aiškinimai presuponuoja – kurioje nors savo pasakojamos istorijos vietoje – nuomonės ar įsitikinimo tiesą, ir jeigu šios rūšies paaiškinimas yra, nuomonės faktas pats yra jos tiesos įrodymas. Jeigu mes galime paaiškinti žmonių įsitikinimą, kad žolė yra žalia, tik tokiu būdu, kuris presuponuoja, kad žolė yra žalia – pavyzdžiui, paaiškindami, kad jie yra matę žalią žolę, – tuomet yra akivaizdu, jog visuotinis įsitikinimas yra fakto įrodymas. Tačiau jeigu kiekvieno įsitikinimai apie kokį nors dalyką gali būti paaiškinti kokiu nors būdu, kuris nepresuponuoja fakto, tai įsitikinimo faktas nėra jo tiesos įrodymas. Pavyzdžiui, mes manome galį visiškai paaiškinti žmonių tikėjimą raganomis, aprašydami jų prietarus; mūsų paaiškinimas, kad ir kiek jį tęstume, niekuomet neapeliuotų į tikrus žmonių susidūrimus su raganomis. Jeigu taip, tuomet faktas, kad kai kurie žmonės tiki raganomis, nėra joks jų egzistavimo įrodymas.

Kas nors galėtų suformuluoti vidaus skeptinį argumentą apie moralę, kuris prasideda šia pastaba. Jis teigia, kad tą faktą, jog žmonės laikosi moralinių įsitikinimų, mes galime paaiškinti netardami, kad egzistuoja ypatingi moraliniai faktai, kurie nulėmė šiuos įsitikinimus. Mūsų moraliniai įsitikinimai, – sako jis, – yra lemiami ne susidūrimų su ypatingais faktais, o vystymosi proceso konkrečioje kultūroje; šitai paaiškina, kodėl skirtingų kultūrų žmonės laikosi skirtingų įsitikinimų. Tačiau ši įtikinama priežastinė istorija iki šio momento parodo tik tai, kad mūsų moralinių įsitikinimų faktas nėra joks jų pagrįstumo sveiku protu įrodymas, ir šitai vargu ar yra nuostabu. Niekas, išskyrus patį entuziastingiausią egotistą, nemano, jog tas faktas, kad jis laikosi tam tikros moralinės nuomonės, pats savaime yra argumentas tos nuomonės naudai. Kiekvienu atveju, niekam neturėtų sukelti pernelyg daug rūpesčių tai, kad jis verčiamas atsisakyti tos pažiūros, nes jis atsisako daugiausia vieno argumento už jo moralinių įsitikinimų pagrįstumą, pasilikdamas visus tuos argumentus, kuriuos jam šiaip ar taip magėtų pateikti. Skeptikas turi parodyti ne tik tai, kad mūsų moralinius įsitikinimus galima visiškai paaiškinti būdais, kurie nedaro jokių nuorodų į jokias priežastines moralines savybes universume, bet kad forma, kurią turi geriausias mūsų įsitikinimų paaiškinimas, pati savaime meta ant jų abejonės šešėlį.

Tam tikromis aplinkybėmis atskleidimas, kaip mes kuo nors įtikėjome, išties priverčia mus suabejoti tuo, kuo tikime, tačiau taip būna dėl to, kad mes atskleidžiame ką nors, ką pripažįstame mūsų dėstymo metodo *defektu*. Jeigu viską, ką žinau apie viduramžių istoriją, aš esu išmokęs iš knygos, kuri, kaip vėliau sužinau, yra populiariosios fikcijos kūrinys, suabejosiu viskuo, ką maniau žinąs. Bet vien nuogas faktas, kad mano moraliniai įsitikinimai būtų kitokie, jeigu aš būčiau buvęs auklėjamas visai kitaip ar visai kitais laikais, *pats savaime* nerodo jokio kultūros, lavinimo ir refleksijos bei stebėjimo procesų, kurie galiausiai produkavo mano dabartinius įsitikinimus, defekto. Tai gali – turėtų – padaryti mane budrų šių įsitikinimų atžvilgiu, priversti mane paklausti, ar aš turiu kokių nors tvirtų priežasčių galvoti taip, kaip aš galvoju. Tai gali nukreipti mano žvilgsnį į sąsajas tarp mano bendruomenės moralinių įsitikinimų ir jos ekonominės ir kitos galios struktūrų, o šių sąsajų pastebėjimas gali susilpninti mano lig-

šiolinių įsitikinimų autoritetą man. Tai vis – galimos mano ėmimo matyti, kad aš esu kultūros produktas, pasekmės, tačiau šios pasekmės yra įžvalgos, matančios daugiau nei *vien* tai, pasekmės – reikia kažko daugiau, jeigu įžvalga turi produkuoti kokios nors rūšies vidinį skepticizmą.

Mano ką tik aprašytąjį argumentą, teikiamą priežastingumo vardu, dažnai manoma esant gerą argumentą kokiai nors išorinio skepticizmo formai. (Žr. Williams, supra n. 24. Tačiau priežastinio argumento tinkamumą moralei žlugdo tai, kad jeigu vergovę mes manome esant neteisingą, negalime įsivaizduoti pasaulio, besiskiriančio nuo mūsų tik tuo vieninteliu aspektu, kad vergovė nėra neteisinga.) Tačiau mums dabar nerūpi išorinio skepticizmo dorybės. Mums rūpi prieštaravimai visuotiniam požiūriui, kad vienas moralinis įsitikinimas gali būt geresnis nei – o ne tik skirtingas nuo – kitų, kuriems jis prieštarauja, ir kad jis gali būti teisingas atsakymas, o jie – neteisingi. Pagrindiniame tekste akcentuojame, kad šis požiūris pats yra moralinis požiūris, kad jis yra esminė moralinių įsitikinimų, kuriuose jis glūdi, dalis. Moralinė pažiūra gali būti pakirsta tik moralinio argumento. Taigi skepticizmas, kurio mes baiminamės, yra vidinis skepticizmas, o argumente priežastingumo vardu – pačiame savaime – nėra nieko, dėl ko būtų verta baimintis. Aš žinau, kad mano nuomonės būtų kitokios, jeigu būčiau gyvenęs visiškai skirtingais laikais. Tačiau savo įsitikinimus aš manau esant geresnius, lygiai kaip skirtingus, ir joks priežastinis paaiškinimas negali priversti atsisakyti tos pažiūros, nors, moralinis argumentas, žinoma, galėtų.

3. PERŽIŪRĖTA JURISPRUDENCIJA

1 Sistemiškiausias kriterijų, esmingų teisinės sistemos egzistavimui, aptarimas yra Josepho Razo *The Concept of a Legal System* (2nd ed., Oxford, 1980).

2 Vienas jurisprudencijos klasikas argumentuoja, kad įstatymai nėra teisė: J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (Boston, 1902).

3 Kai kurios teisinės teorijos, kurios paviršutiniškai žvelgiant nėra teiginiai apie tai, kodėl teisė pateisina valstybinę prievartą, vis tiek priklauso nuo tokių teiginių ar juos presuponuoja. 4-ame skyriuje mėginu parodyti, kaip įprastosios teisinio pozityvizmo formos tampa įdomesnės, kai

jos suprantamos ne kaip semantinės teorijos, o kaip interpretacijos, pagrįstos teiginiu, kad kolektyvinė galia yra pateisinama tik kai ji atitinka konvencinius supratimo būdus. Kitur esu pamėginęs parodyti, kaip konkrečiai Harto pozityvizmo versija išsirutulioja iš jo įsitikinimo, kad ypatingos teisinės konvencijos, plačiai pripažintos visoje bendruomenėje, ištaiso politinės prievartos organizacijos defektus, kurie būtų neišvengiami be šių konvencijų. Žr. „A Reply to Critics", kn. *Ronlad Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Marshall Cohen ed., New York and London, 1984). Tačiau Josephas Razas neseniai išplėtojo pozityvizmo versiją, kuri eksplicitiškai neigia bet kokį rėmimąsi bet kokios rūšies politiniais įsitikinimais. (Žr. Raz, „Authority, Law and Morality", 68 *the Monist* 295 [July 1985].) Jis tvirtina, kad bet koks adekvatus deramų teisės pagrindų paaiškinimas privalo išaiškinti, kaip teisė gali tarnauti kaip *autoritetas,* o autoritetą jis definuoja taip, kad žmonės negali pripažinti teisės kaip autoriteto, jeigu jų teisės testai nepašalina politinės moralės sprendinių galimybės. Jis mano, kad tai, ką jis vadina „šaltinių" teze, [anot kurios] teisės pagrindai turi būti vien tik faktiniai, plaukia iš tos prielaidos ir definicijos. Jis yra teisus sakydamas, jog kiekviena sėkminga mūsų teisinės praktikos interpretacija turi pripažinti ir pateisinti bendrą prielaidą, kad teisė gali konkuruoti su morale ir išmintimi ir tiems, kurie pripažįsta teisės autoritetą, ji gali nurungti šias kitas dorybes jų galutiniame sprendime dėl to, ką jie turėtų daryti. (Aš nenoriu pasakyti, kad ši prielaida apie teisės autoritetą yra nekontroversiška; teisinis pragmatizmas ją neigia, kaip matysime 5-ame skyriuje.) Tačiau tą sąlygą gali patenkinti teorija, kuri moralės ir išminties sprendinius paverčia teisės pagrindų *dalimi,* o ne vieninteliais teisės pagrindais. Taigi ją gali tenkinti teisės koncepcijos, kurios atmeta „šaltinių" tezę, tokios kaip tos koncepcijos, kurias 1-ame skyriuje aprašiau, – kad ir ne itin noriai, – kaip nuosaikias „prigimtinės teisės" teorijas. Razas mano, kad teisė negali būti autoritetinga, jeigu tie, kurie ją pripažįsta *niekuomet* nenaudoja savo pačių įsitikinimų nuspręsti, ko ji reikalauja, net šiuo daliniu būdu. Tačiau kodėl teisė turi būti aklas autoritetas, o ne autoritetinga laisvesniu būdu, kurį suponuoja kitos koncepcijos? Reikia kokio nors paaiškinimo, ir anoks išsigelbėjimas bus vėl apeliuoti į lingvistines normas, sa-

kant, kad būtent tai „teisė" arba „autoritetinga" reiškia atsižvelgiant į jos taikymo kriterijus, kuriuos pripažįsta visi – išsilavinę teisininkai ir paprasti žmonės. Bet koks įtikinamas argumentas turi būti politinės moralės ar išminties argumentas, argumentas, parodantis, kodėl dera daryti praktinę perskyrą tarp tų prievartos pateisinimų, kurie yra išvesti tik iš faktinių šaltinių, ir tų, kurie tokie nėra, ir kodėl tik pirmieji turi būti traktuojami kaip teisė. Tokius argumentus aš svarstau 4-ame skyriuje.

4 Tačiau jeigu aš teisus, jie pripažįsta tą sąvoką kaip tinkamą atspirties tašką argumentui apie teisės esmę, taigi tuo pamatu savo teorijas formuluoja kaip skeptiškas: reziumuodami savo koncepciją, jie sako, kad teisės nesama.

5 Ne kiekvienas sociologas ar politinis teoretikas, kuris kalba apie populiariąją moralę ir moralines tradicijas, turi galvoje šias reliatyviai paprastas idėjas. Kai kurie turi galvoje kultūrinio mentaliteto idėją, kurią minėjau ankstesniame skyriuje; kiti interpretacinę sąvoką – mūsų prasme – naudoja taip, kad bendruomenės moralinės tradicijos [jiems] yra ne tiesiog atskirų žmonių nuostatų ar nuomonių dalykas, o geriausios tų nuostatų ir nuomonių interpretacijos dalykas. Tačiau čia mano sumanymas yra teisės sąvoką, kaip ją ką tik aprašiau, atskirti nuo [tos] paprastesnės, reduktyvesnės idėjos.

6 Hartas sako, kad pasirinkimas siauros arba plačios teisės sąvokos yra reikalingas siekiant palengvinti moralinę refleksiją. Žr. H. L. A. Hart, *Teisės samprata* (*The Concept of Law*, 206–7 (1961)). Šiam tikslui pasitarnautume geriau, jei iš viso atsisakytume daryti pasirinkimą apeliuodama į lingvistinį reikalavimą. Žr. mano pastabas, atsakančias Hartui, kn. Cohen ed., supra n. 3, 258–260.

7 Platesnę diskusiją klausimais, aptartais pastarosiose keliose pastraipose, žr. Cohen, ed., supra n. 3, 256–260.

4. KONVENCIONALIZMAS

1 Čia aprašoma konvencionalizmo versija, kurią vėliau vadinu „griežtuoju" konvencionalizmu, gali būti sudėtingesnė nei ta savo forma, kuria aš čia jį formuluoju. Mat visuomenė gali turėti kitų teisinių konvencijų, specifikuojančių, kaip teisėjai privalo spręsti bylas, kai jokia teisę ku-

rianti institucija nėra išsprendusi svarstomojo klausimo: pavyzdžiui, konvenciją, kad teisėjai privalo spręsti taip, kaip, jų manymu, spręstų legislatūra, jeigu klausimas būtų pateiktas jai. Tačiau tam tikru momentu visuomenei nebepakaks ir tų kitų konvencijų, ir griežtasis konvencionalizmas turi numatyti, kad tuomet teisėjai turi tekste aprašytąją diskreciją.

2 Pavyzdžiui, Austino idėja, kad teisė remiasi bendruoju paklusimo įpročiu, lengva ranka persakoma kaip interpretacija ar specifikacija idėjos, jog teisė yra pagrįsta konvencija. Šitai užtemdo įprastinis neteisingas perskaitymas, anot kurio, Austinas daro prielaidą, kad paklusnumo įpročiai visuomet yra sankcijos baimės rezultatas. Austinas apdairiai vengia užimti kokią nors apibendrintą poziciją, teigiančią paklusnumo ištakas esant psichologines; bendro paklusnumo įpročio, anot Austino, pakanka teisei generuoti, net jei šis įprotis remiasi baime; tačiau pakankamas ir įprotis, susiformuojantis meilės ar pagarbos suverenui pagrindu. Austino konvencijos aiškinimas įpročio terminais nėra visiškai patenkinama konvencijos teorija, kaip parodė Hartas ir kiti. Tačiau Austino teorija neiškreipiama, ją traktuojant kaip konvencijos teoriją, kad ir kokią nepatenkinamą mes manome ją esant. Harto pozityvizmo versija yra dar aiškiau konvencinė, nes jo pripažinimo taisyklė yra taisyklė, kuri aplinkybių lėmimu tampa beveik visuotinai pripažįstama ar bent jau pripažįstama beveik visų teisėjų ir kitų teisininkų, kad ir koks tos taisyklės turinys. Žr. Hart, *Teisės samprata* (H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 97–107 (London, 1961)).

3 Žr. David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (Cambridge, Mass., 1969).

4 Nuosaikiojo konvencionalizmo sąvoką siūlo, aiškindamas pozityvizmą, Jules'is Colemanas straipsnyje „Negative and Positive Positivism", 11 *Journal of Legal Studies* 139 (1982), perspausdintame kn. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence,* 28 (Marshall Cohen., ed., New York and London, 1984). Taip pat žr. E. Philip Soper, „Legal Theory and the Obligation of a Judge", toje pačioje knygoje, ypač 17–20 (teisė gali priklausyti nuo kontroversiškų moralės sprendinių, jeigu suvereni institucija paskelbia, kad visa, kas yra teisinga, yra teisė), bei David Lyons, „Principles, Positivism and Legal Theory", 87 *Yale Law Journal* 415, 422 ff. (teisė gali priklausyti nuo korektiškos, nors ir kontroversiškos

pamatinio dokumento, suformuluoto moraliniais terminais, interpretacijos). Kaip pažymi Colemanas, Hartas atrodo atmetąs jo pažiūrų interpretaciją, kurią presuponuoja Soperis ir Lyonas.

5 Žr. G. Erdlich, *A Commentary on the Interpretation of Statutes* sec. 4 (1888) (mini ir Amerikos, ir Anglijos teismų bylas); *Sutherland's Statutory Construction* sec. 46.07 (4th ed., Wilmette, Ill., 1985) (galioja aiškioji reikšmė, išskyrus tuos atvejus, kai rezultatas būtų absurdiškas); P. Langan, *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12th ed., London, 1969) (tas pat). Taip pat žr. John W. Johnson, „The Grudging Reception of Legislative History in U.S. Courts", 1978 *Detroit C.L. Review* 413. (Už šią nuorodą esu dėkingas Williamui Nelsonui.)

6 Konvencionalizmą galima visai įtaigiai teikti kaip autokratinių ar kaip kitaip nedemokratiškų šalių teisinių sistemų interpretaciją, nes tokių šalių pareigūnai ir net plačiosios gyventojų masės gali remti konvencijas, kurios teikia autokratinę galią mažai grupei arba vienam tironui. Tuomet, jeigu konvencionalizmas būtų pripažįstamas kaip geriausia interpretacija, tiktai tos grupės arba tirono įsakai būtų teisė. Tačiau konvencionalizmo autoritetas tokioje visuomenėje būtų kur kas mažesnis, nes jis teiktų ne tokį patrauklų aiškinimą, kodėl taip konstituojama teisė pateisina valstybinę prievartą. Geresnė atrodytų kokia nors dieviškojo teisumo teorija arba, ne tokioje teisinėje bendruomenėje, etatistinis arba orientaciją į tikslą nustatantis paaiškinimas. Taigi neatsitiktinai pozityvistinės teorijos – semantinis konvencionalizmo ekvivalentas – pirmiausia buvo išplėtotos ir tapo populiariausios demokratijose. Benthamo teisės aiškinimas, kurį išpopuliarino Austinas, iš pirmo žvilgsnio atrodo geriau tinkąs monarchijoms ar kitokioms bendruomenėms su lengvai identifikuojamu „suverenu". Tačiau Benthamas tą teoriją išrutuliojo tuo laiku, kai demokratijos idealus pradėta laikyti savaime-suprantamybe, tačiau bent jau pirminė teorijos apeliacija buvo egalitarinė. Jo teorija visuomet buvo populiaresnė Britanijoje ir Amerikoje negu kur kitur.

7 Viena akivaizdi išimtis yra Jungtinių Valstijų Aukščiausiojo teismo konstitucinių bylų sprendimo praktika. Šio Teismo praktiką žmonės gali iš pagrindų pakeisti tik Konstitucijos pataisų keliu. Šitai kelia specifinių problemų demokratijos teorijai, kurias svarstysime 10-ame skyriuje.

8 Tik „schemiškai", nes kai kuriais atvejais dėl procedūrinių priežasčių asmuo ar institucija, nominaliai esanti atsakovo pozicijoje, iš tikrųjų yra „substancinis" ieškovas, t. y. asmuo, prašantis valstybę įsikišti. Taigi turėtume sakyti, kad unilateralizmas numato, jog substancinis atsakovas turi laimėti, jeigu eksplicitiška tam tikros teisinės konvencijos apimtis neteikia teisės laimėti substanciniam ieškovui. Net šia preciziškesne forma unilateralizmas neteikia jokios rekomendacijos tais atvejais, kai perskyra tarp substancinio ieškovo ir substancinio atsakovo sugriūva, kaip kad tuomet, kai šalys ginčijasi dėl nuosavybės teisės į turtą, kuris dar nėra vieno arba antro nuosavybė arba kurio nė vienas negalėtų valdyti kaip nuosavybės, jeigu kokiu nors būdu neįsikištų teismai. Tačiau tokie atvejai yra gana reti; unilateralizmas pasiūlytų sprendimą daugumoje sunkiųjų bylų.

9 Tačiau unilateralizmas leistų kitokį sprendimą: jog ponas O'Brienas turėtų laimėti dabar nagrinėjamą bylą, nes nesama nustatytos normos, reikalaujančios priešingo sprendimo, bet kad teisėjas turėtų paskelbti naują normą ateičiai, kad žmonės ponios McLoughlin pozicijoje galėtų gauti kompensaciją vėlesnėse bylose, nes jie tuomet gali apeliuoti į tą naują normą kaip jo sprendimu tapusią eksplicitiškos teisės apimties dalimi. Teisėjai išties protarpiais taip sprendžia bylą, ne tiesiog kurdami naują normą, kur jokia norma neegzistavo, bet panaikina praeities normą, kuria būtų galėjusi kliautis laiminti šalis. Ši praktika, vadinama „prospektyvine" normos peržiūra, aptariama toliau, 5-ame skyriuje.

10 Žr. civilinės ir baudžiamosios teisės asimetrijos aptarimą mano kn. *Rimtas požiūris į teises* (Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, Vilnius, 2004).

11 Žr., pvz., *Bowie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964). Britanijos teismai buvo daug nerūpestingesni. Žr. *Shaw v. Director of Public Prosecutions* [1962] A. C. 220.

12 Unilateralizmas būtų netgi dar efektyvesnis ginant žmones nuo netikėto valstybės įsikišimo, jeigu fakto klausimų įrodymo naštą visuomet skirtų ieškovui.

13 Plg. G. Postema, „Coordination and Convention at the Foundations of Law", 11 *Journal of Legal Studies* 165 (1982). Plg. F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (2 vols., Chicago, 1973, 1976).

14 Žr. Lewis, supra n. 3.

5. PRAGMATIZMAS IR PERSONIFIKACIJA

1 Žr. Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Mass., 1982).

2 Šie argumentai pragmatizmo naudai imponavo Jonathanui Swiftui. Guliveris praneša: „Šiems teisininkams yra maksima, kad tai, kas padaryta anksčiau, galima legaliai padaryti vėl: todėl jie su ypatingu rūpesčiu stengiasi užfiksuoti visus ankstesnius sprendimus, prieštaraujančius visuotiniam teisingumui ir bendrajai žmonijos išminčiai. Šiuos, su *precedento* vardu, jie produkuoja kaip autoritetus pateisinti pačioms perversiškiausioms nuomonėms". *Gulliver's Travels* bk. 4, chap. 5 (1726). Už šią nuorodą dėkoju Williamui Ewaldui.

3 Tai esu šiek tiek aptaręs, mėgindamas parodyti sąsajas su kitomis dorybėmis, knygoje *A Matter of Principle,* 3-iame skyriuje.

4 Šią dorybę vadinu „procedūriniu" deramu procesu, kad atskirčiau nuo kitos idėjos, taip pat apeliuojančios į teisingumą, kuri latentiškai glūdi Jungtinių Valstijų konstitucijos Keturioliktosios pataisos „deramo proceso" klauzulėje, kaip tai buvo pastaraisiais dešimtmečiais interpretuota Aukščiausiojo teismo. Žr. mano „Reagan's Justice", *New York Review of Books,* Nov. 8, 1984.

5 Prie teisingumo ir teisiškumo skirtumo sugrįšime 6-ame skyriuje.

6 Žr. Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims,* 377 U.S. 533 (1964); WMCA, *Inc. v. Lomenzo,* 377 U.S. 633 (1964); *Maryland Committee for Fair Representation v. Tawes,* 377 U.S. 656 (1964); *Davis v. Mann,* 377 U.S. 678 (1964); *Roman v. Sincock,* 377 U.S. 695 (1964); *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly,* 377 U.S. 713 (1964).

7 Plg. *Candler v. Crane, Christmas & Co.,* 1951, 1 visą E.R. 426, ypač atskirąją Denningo, L. J. nuomonę, drauge su *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd* [1964] A.C. 465.

8 Žr. *A Matter of Principle,* chap. 3.

9 Žr. aptarimą 6-ame skyriuje.

10 Žr. pravarčias perskyras, taikomas bendrosios grupinės ar kolektyvinės atsakomybės problematikai: Joel Feinberg, *Doing and Deserving,* 9 skyrius (Princeton, 1970).

11 6-ame skyriuje aš aptariu brolybės pareigas, tas, kurių grupės nariai turi

vienas kito atžvilgiu dėl bendros narystės, ir teigiu, kad tam tikromis aplinkybėmis politinės bendruomenės gali būti traktuojamos kaip remiančios tokias brolybės pareigas. Todėl turėčiau aiškiai pasakyti, kad kolektyvinės atsakomybės principų, kuriuos nagrinėjome šiame aptarime, netraktuoju kaip brolybės pareigų aspektų, kurie galioja tik tuomet, kai ką tik paminėtos sąlygos yra patenkinamos. Palieku atvirą klausimą, kokiu mastu jie galioja, pavyzdžiui, politinėse bendruomenėse, kurios yra nepakankamai egalitariškos, kad būtų laikomos broliškosiomis asociacijomis tos rūšies, kuri aptariama 6-ame skyriuje.

12 Thomas Nagel, „Ruthlessness in Public Life", *Mortal Questions* 84 (Cambridge, 1979).

6. INTEGRALUMAS

1 Teisiškumas kaip teisingumas (nors ir ne tokia primityvia, ekstremalia forma) yra Rawlso klasikinės *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971) objektas. Žr. p. 197–198 bei 221–224. Taip pat žr. jo „Kantian Constructivism in Moral Theory", 77 *Journal of Philosophy* 515 (1980).

2 Šios kraštutinės pozicijos laikosi utilitarinės demokratijos teorijos. Žr. James Mill, „Essay on Government", J. Lively and J. Rees, *Utilitarian Logic and Politics* (London, 1978).

3 Vėliau šiame skyriuje ir 10-ame skyriuje aš toliau svarstau sąsają tarp daugumos valios ir teisingumo. Jeigu politinio teisingumo nervas yra politinės įtakos lygybė, tai vienokia ar kitokia proporcinio balsavimo forma teikia teisingesnę rinkimų struktūrą nei paprastas daugumos balsavimas, tačiau, kaip aš įrodinėju tekste, proporcinis balsavimas dažnai yra netinkamas. Keliuose artimiausiuose teksto puslapiuose aš aptariu specialų metodą užtikrinti tos rūšies proporcinei įtakai, kurią teisingumas rekomenduoja normaliame mažoritariniame rinkimų procese, metodą, kurį aš vadinu „šaškių lentos" sprendimu. Aš tvirtinu, jog kadangi teisingumas remia „šaškių lentos" sprendimus, mes turime ieškoti kokio nors kito argumento jiems atmesti, jeigu manome juos esant neteisingus.

4 Žr. Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 109–117, 151–173 (New Haven and London, 1978).

5 Žr. *Taking Rights Seriously passim,* bet ypač 5-ą ir 7-ą skyrius.

6 Terminas *„checkerboard"* (šaškių lenta) kartais vartojamas apibūdinti įstatymams, darantiems perskyras, kurios nėra arbitralios šiuo būdu, o veikiau pretenduoja pateisinti politinę nuostatą, kuriai geriausiai tarnauja aptariamosios diskriminacijos. Aš ketinu šį žodį vartoti apibūdinti tik tiems įsatymams, kurie demonstruoja principo nekoherentiškumą ir kurie gali būti pateisinti (jeigu iš viso gali būti pateisinti) tik teisingo politinės galios paskirstymo tarp skirtingų moralės šalių pagrindais.

7 Vienu atžvilgiu tai per paprastas nusakymas modelio, kuriuo mes vadovaujamės. Mes žinome, jog nepriklausomi principai, kuriems mes pritariame, kartais konfliktuoja ta prasme, kad tam tikru konkrečiu atveju mes negalime patenkinti abiejų. Pavyzdžiui, galėtume manyti, kad žmonės turėtų būti laisvi daryti tai, ką nori, su savo turtu, taip pat kad žmonės turėtų pradėti gyvenimą vienodomis sąlygomis. Tuomet kyla klausimas, ar turtingiems žmonėms turėtų būti leidžiama palikti savo turtą savo vaikams, ir mes galėtume manyti, kad mūsų du principai šiuo klausimu stumia priešingomis kryptimis. Mūsų modelis reikalauja, kaip matysime, kad šio konflikto išsprendimas pats būtų pagrįstas principais. Paveldėjimo mokesčių schema galėtų pripažinti abu principus tam tikros sąsajos dėka, nustatydama mokesčių tarifus, kurie yra ne visai konfiskaciniai. Tačiau mes tvirtiname, jog kad ir kokį tų dviejų principų reliatyvų svarumą presuponuoja tas sprendimas, jis turi išlikti pastovus visoje schemoje, ir kad kiti sprendimai kitais klausimais, susijusiais su tais pačiais dviem principais, taip pat gerbtų tą nustatytą svarumą. Bet kuriuo atveju šios rūšies konfliktas yra kitoks negu „šaškių lentos" įstatymuose glūdintis prieštaravimas, kurį aprašiau tekste. Mat tuose įstatymuose vienas teisiškumo principas nėra nusveriamas ar patikslinamas kito kokiu nors būdu, kuris išreiškia tų dviejų principų reitingą. Čia dalyvauja tik vienas principas; jis pripažįstamas vienos grupės atveju ir nepripažįsatmas kitos atveju; o būtent šitai atmeta mūsų deramumo jausmas.

8 Žr. 2-ą išnašą. Mes galime lengvai įsivaizduoti kitus pavyzdžius kompromisų, kuriuos mes akceptuotume kaip atvejus, kai nenusižengiama integralumui, nes paisoma teisiškumo principų, kuriuos mes pripažįstame, nors patys jų neremiame. Žmonės, kurie opnuoja mirties bausmei iš

principo, akceptuos nusikaltimų, baudžiamų mirtimi, sąrašo sutrumpinimą, jeigu tie, kurie baudžiami mirtimi, yra morališkai labiau smerktini ar kokiu kitu būdu galimi išskirti pagal standartus, bendrai pripažįstamus baudžiamojoje teisėje; jie akceptuos tai daug mieliau nei, pavyzdžiui, sistemą, kuri leidžia kai kuriems nusikaltėliams, kaltinamiems mirtimi baudžiamu nusikaltimu, išvengti mirties burtų traukimo dėka.

9 Šių konstitucinių kompromisų negalime paaiškinti taip, kaip paaiškiname palikimo mokesčio sprendimą, aprašytą 2-oje išnašoje, – argumentuodami, kad kompromisai kiekvienam iš dviejų nepriklausomų ir konkuruojančių principų priskiria deramą svarumą. Joks antrinio pobūdžio *(second-order)* principo argumentas negali pateisinti draudimo Kongresui apriboti vergvaldystę iki tam tikrų metų. Madisonas sakė, kad toks potvarkis yra „didesnė negarbė nacionaliniam charakteriui nei nieko apie tai nesakanti Konstitucija" (2 Farrand's Debates 415–416). Už šią nuorodą esu dėkingas Williamui Nelsonui. Aukščiausiojo teismo sprendimo, kuris atrodo nusižengiąs integralumui, pavyzdį žiūrėkite *Maher v. Roe,* 97 S.Ct. 2376, ir Laurence Tribe, *American Constitutional Law* 973 n. 77 (Mineola, N.Y., 1978).

10 Žr. bendrai Tribe, supra n. 9, secs. 16–6–16–7. Willliamas Nelsonas knygoje *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine* (rengiama spaudai), 8-ame ir 9-ame skyriuose, aiškinasi Keturioliktosios pataisos kūrėjų įsipareigojimą integralumui.

11 *Roe v. Wade,* 410 U.S. 113.

12 Žr. United States Supreme Court, *Thornburgh v. American College of Obstetricians,* Brief for the United States as Amicus Curiae, July 1985.

13 Šis žodis nėra pats tinkamiausias, nes jis etimologiškai yra vyriškosios giminės. Aš turiu galvoje ir seserystę arba idėją, bendrą šiems lotyniškos kilmės terminams.

14 Esu dėkingas Jeremy'ui Waldronui už tai, kad atkreipė mano dėmesį į Kantą ir Rousseau šiuo požiūriu.

15 Žr. juridinių teisių nerūpestingumo ir viešosios tvarkos pažeidimų atvejais aptarimą 8-ame skyriuje.

16 Žr. Rawls, *Theory of Justice,* 11–22, 118–192.

17 Id. 333–362. Taip pat žr. jo „Kantian Constructivism", 569.

18 Nors šis argumento pavadinimas plačiai vartojamas, Rawlas (ir Nozickas ir kiti, sekdami jais) jį vadina teisingumo principo argumentu *(the argument from the principle of fairness)*. Aš šio pavadinimo nevartoju, nes „teisingumo" terminą vartoju kita prasme, aprašyta 5-ame bei šiame skyriuje.

19 Tai Roberto Nozicko argumento prieš sąžiningo žaidimo principą kaip politinio autoriteto bazę adaptacija. Žr. jo *Anarchy, State and Utopia*, 93-95 (New York, 1974).

20 Šeima rodo, kad skirtingi brolybės santykiai yra ne tik skirtingu laipsniu galimi pasirinkti, bet ir galimi pasirinkti skirtinga pasirinkimo prasme. Taip pat ji rodo, kad brolybės motyvai gali būti skirtingai kombinuojami su kitų rūšių motyvais pripažinti įvairias pareigos formas. Tėvai apsisprendžia turėti vaikų, tačiau – bent jau esamomis technologijos būklės aplinkybėmis – negali pasirinkti vaikų, kurie jiems gims. Vaikai nepasirenka savo tėvų, tačiau dažnai turi tokių motyvų jiems įsipareigoti, kurių neturi įsipareigoti broliams ir seserims, kurių jie lygiai taip pat nepasirenka kaip ir tėvų. Todėl įdomu tai, jog pareigų klasė, kurią mes svarstome, yra pavadinta pagal saitą tarp brolių ir seserų, laikomą tos klasės paradigma.

21 Ar galime šį abipusiškumo reikalavimų deramo konkretumo lygio fiksavimo galvosūkį išspręsti atskirdami klausimą, kada žmonės yra brolybės bendruomenės nariai, nuo klausimo, kokią pareigą tuomet kiekvienas turi kitų atžvilgiu tos bendruomenės viduje? Jeigu galime, tai vienas klausimas būtų – kada kas nors yra mano draugas, o kitas – kaip aš turiu jį traktuoti dėl mūsų draugystės. Jeigu šis atskyrimas būtų prasmingas, į pastarąjį klausimą galėtume atsakyti tvirtindami, kad aš jam nesu įsipareigojęs labiau nei, jo manymu, jis įsipareigojęs man. Tačiau šis sprendimas nekoherentiškas, be kitų keblumų, dėl to, kad kitas nežinotų, kokią pareigą jis turi mano atžvilgiu, kol aš nesu nusprendęs, kokią pareigą aš turiu jo atžvilgiu, o starto pozicijoje to nežinojau.

22 Už šį pavyzdį lieku skolingas Donaldui Davidsonui.

23 Ši skubota pastaba, kurios implikacijų aš toliau neplėtoju, suponuoja stambius klausimus dėl teisingumo, įskaitant klausimus, kokiu mastu teisingumas taikytinas anapus žmonių sferos bent jau kai kuriems kitiems gyvūnams.

24 Čia aš ignoruoja ypatingą Šiaurės Airijos problemą.

25 Žr. personifikacijos aptarimą 5-ame skyriuje.

26 Šios rūšies rūpestis kartais vadinamas „altruizmu". Žr. Duncan Kennedy, „Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976).

27 Nėra taip jau akivaizdu, kad iš tiesų apėmė. Žr. Robert M. Cover, *Justice Accused: Antislavery and Judicial Process* (New Haven, 1975) ir mano recenziją: *Times Literary Supplement,* Dec. 5, 1975.

28 *Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co.* [1980] A.C. 198.

29 Tačiau žr. *Brown* bylos sprendimo įgyvendinimo aptarimą 10-ame skyriuje.

30 Kitur esu pamėginęs aprašyti ir apginti perskyrą tarp principo ir politinės nuostatos; žr. *Taking Rights Seriously,* 4-as sk. ir „Appendix" (liet: *Rimtas požiūris į teises*); *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence,* 263–268 (Marshall Cohen ed., New York and London, 1984). Ši perskyra dažnai naudojama kn. *A Matter of Principle.*

31 Ši mintis plėtojama 8-ame skyriuje.

32 Sakyčiau, jog tai buvo pamatinis *Gouriet v. The Union of Post Office Workers* bylos [1977] klausimas, neišryškintas nuomonėse: 1 All E. R. 696 (Court Of Appeal), 1978 A.C. 435 (House of Lords).

7. TEISĖS INTEGRALUMAS

1 Galbūt tai ir neįmanoma užduotis; galbūt šis projektas yra pasmerktas net ne produkuoti nepakeliamai blogą romaną, bet iš viso neprodukuoti jokio romano, nes geriausia meno teorija reikalauja vieno kūrėjo arba, jeigu kūrėjų daugiau negu vienas, kiekvienas turi turėti kokią nors kontrolę visumos atžvilgiu. (Tačiau kaip dėl legendų ir anekdotų? Kaip dėl Senojo Testamento, ar – jei remtumėmės kai kuriomis teorijomis – su *Iliada?*) Nėra reikalo šį klausimą čia gvildenti toliau, nes mane domina tik tai, jog ta užduotis prasminga, kad kiekvienas grandinės romanistas gali turėti tam tikrą nuovoką apie tai, ką daryti jis prašomas, kad ir kokių rezervacijų jis turėtų apie vertę ar pobūdį to, kas vėliau bus produkuota.

2 Žr. debatus, nurodomus 2-ame skyriuje, išn. 16.

3 Žr. *A Matter of Principle,* sk. 7.

4 Heraklis vaidino svarbų vaidmenį knygoje *Rimtas požiūris į teisę,* 4 sk.

5 Žr. kritinių teisės studijų aptarimą toliau šiame skyriuje.

6 Ginčas, aprašytas 1-ame skyriuje, tarp lordų Edmundo Davieso ir Scarmano *McLoughlin* byloje, sakyčiau, buvo ginčas būtent dėl šio teiginio. Edmundo Davieso sugestijos dėl argumentų, kurie galėtų pateisinti perskyrą tarp kompensuotinos ir nekompensuotinos emocinės žalos, atrodo, apeliavo į politinės nuostatos argumentus, kurių Scarmanas nenorėjo pripažinti priimtinais.

7 Žr. *Rimtas požiūris į teisę,* 4-ą sk.

8 Žr. *Thomas v. Winchester,* 6 N.Y. 397, ir *MacPherson v. Buick Motor Co.,* 217 N. Y. 382, 111 N.E. 1050.

9 Naujausias itin erdvios integralumo sampratos pavyzdys yra C. Haaro ir D. Fesslerio *The Wrong Side of the Tracks* (New York, 1986).

10 Žr., pvz., Benjamino Cardozo sprendimą *Hynes v. New York Central R.R. Co.* byloje (231 N.Y. 229).

11 Šiuos įvairius argumentus, kodėl sėkminga interpretacija turi siekti dermės su praeities teisėjų nuomonėmis kaip ir su pačiais sprendimais, 9-ame skyriuje svarstau praeities legislatyvinių dokumentų reikšmės aptarimo kontekste.

12 Turiu galvoje perskyrą bei specialią teisingumo *(fairness)* prasmę, aprašytą 6-ame skyriuje.

13 Tačiau žr. „pasyvizmo" kaip konstitucinio bylų sprendimo teorijos aptarimą 10-ame skyriuje.

14 Žr. skirtingų integralumo lygmenų aptarimą 11-ame skyriuje.

15 Nesutarimas tarp lordų Diplocko ir Edmundo Davieso iš vienos pusės ir vikonto Dilhourne'o iš kitos pusės garsiojoje religinių jausmų įžeidimo byloje *R. v. Lemon* [1979], 1 All ER 898, iliustruoja nuostatą, kaip svarbu neignoruoti ryšio tarp pokyčių populiariojoje moralėje ir lokaliojo prioriteto puoselėjamų atribojimų. Lordai reikalavo, kad teisė, reguliuojanti religinių jausmų įžeidimą, būtų interpretuojama taip, kad atspindėtų pokyčius kitose baudžiamosios teisės dalyse; vikontas – kad religinių jausmų įžeidimą reguliuojanti teisė – dėl kažin kokios priežasties, kurios jis nepaaiškino, – turi būti laikoma atskira savarankiška sritimi.

16 Žr. D. Kennedy ir K. Klare, „A Bibliography of Critical Legal Studies", 94 *Yale Law Journal* 461 (1984).

17 Žr. simpoziumo, skirto kritinėms teisės studijoms, medžiagą: 36 *Stanford Law Review* 1 (1984).

18 Puikūs tokio pobūdžio istorijos rašymo pavyzdžiai yra Robert Gordon, „Historicism in Legal Scholarship", 90 *Yale Law Journal* 1017 (1981), bei „Critical Legal Histories", 36 *Stanford Law Review* 57 (1984). Taip pat žr. istorijos darbus, nurodytus Kennedy ir Klare, supra n. 16.

19 Nesenas Marko Tushneto liberalizmo nusakymas reprezentuoja šios politinės teorijos aiškinimus, kuriuos esu aptikęs kritinių teisės studijų literatūroje. Jis pripažįsta, kad „bet koks reziumuojamasis klasikinio liberalinio požiūrio apibūdinimas – Hobbeso, Locke'o, Millio bei Dworkino ir Rawlso liberalizmo – neišvengiamai bus karikatūriškas". Tačiau tuomet jis pateikia tokį aprašymą – ar veikiau padirbinį. „Liberalizmo psichologija postuluoja autonomiškų individų pasaulį, kur kiekvienas ar kiekviena vadovaujasi savo idiosinkratiškomis vertybėmis ir tikslais, iš kurių nė vienas negali būti vertinamas kaip labiau arba mažiau legitimus negu tie, kurių laikosi kiti. Tokiame pasaulyje žmonės egzistuoja kaip izoliuotos individualumo salos, ir santykius, kuriuos jie nusprendžia inicijuoti, galima metaforiškai apibūdinti kaip užsienio reikalus ...Liberaliojo individualizmo pasaulyje ...jeigu vieno asmens vertybės reikalauja iš to asmens, pavyzdžiui, pasisavinti kito nuosavybę, auka negali apeliuoti į kokį nors koreguojamąjį principą, kuriam turėtų paklusti pažeidėjas". (Žr. Tushnet, „Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", 96 *Harvard Law Review* 781, 783 ff., [1983].) Čia padarytos kelios reikšmingos klaidos. Pirma, dauguma Tuchneto liberalų eksplicitiškai pripažįsta, jog žmonėms paprastai rūpi kito likimas. Jokie iš jų argumentų nepriklauso nuo absurdiškos prielaidos, kad žmonių negali sieti bendros vertybės, kurių pakanka išlaikyti visuotinai suprantamai kalbai ir kitoms socialinėms institucijoms, o, pavyzdžiui, Johnas Rawlsas rūpestingai neigė tą prielaidą. Žr. jo „Kantian Constructivism in Moral Theory", 77 *Journal of Philosophy* 515 (1980), ir jo „Justice as Fairness: Political Not Metaphysical", 14 *Philosophy and Public Affairs* 223 (1985). (Kai kurie Rawlso *Teisingumo teo-*

rijos (*A Theory of Justice* [Cambridge, Mass., 1977]) skaitytojai klysta manydami, jog kits kito atžvilgiu interesų neturintys „pradinės pozicijos", kurią jis sukonstravo kaip analitinį instrumentą, dalyviai buvo sumanyti išreikšti jo žmogaus prigimties teorijai. Pats tekstas tokiam neteisingam perskaitymui pagrindo neduoda, ir nuo tokios interpretacijos atsiribojama ką tik nurodytuose vėlesniuose straipsniuose.) Antra, nė vienas iš šių „liberalų", išskyrus Hobbesą (kodėl Hobbesą reikėtų laikyti liberalu?) nesilaikė jokios formos skeptiškos pažiūros į galimybę, jog asmens pasirinktas gyvenimo kursas gali būti geresnis ar vertingesnis negu kito. Pavyzdžiui, Millis, kaip gerai žinoma, atmetė skepticizmą dėl personalinių vertybių. Kritinių teisės studijų liberalizmo pavaizdavimas tą skepticizmo formą, kurią dauguma liberalų atmeta, painioja su visiškai kitu principu, kurį jie pripažįsta, – kad teiginiai apie reliatyvią asmeninių tikslų vertę neteikia kompetentingų pateisinimų reguliatyviniams politiniams sprendimams. Trečia, šis liberalizmo pavaizdavimas painioja tą principą – dėl valdymo neutralumo gėrio sampratų atžvilgiu – su tariamu neutralumu teisingumo principų atžvilgiu, kurį liberalizmas, kadangi jis yra teisingumo teorija, turi atmesti. Absurdiška sakyti, jog liberalas negali apeliuoti į teisingumo principą, kad paaiškintų, kodėl tiems, kurių „vertybės" verčia juos kėsintis į kitų gerovę, turėtų būti neleidžiama to daryti. Tushnetui nederėjo padaryti tokių klaidų aiškinant, ką jo „klasikiniai liberalai" mano. Jis cituoja vieną mano straipsnį kaip patvirtinimą jo supratimo, ką aš, drauge su kitais jo liberalais, manau. Tame straipsnyje aš plėtoju argumentą, jog konstitutyvi liberalizmo moralė „yra lygybės teorija, kuri reikalauja oficialaus neutralumo to, kas yra vertinga gyvenime, teorijų atžvilgiu. Šis argumentas sukels įvairių prieštaravimų. Būtų galima sakyti, kad, šitaip suvokiamas, liberalizmas yra pagrįstas skepticizmu dėl gėrio teorijų arba kad jis remiasi skeptiška pažiūra į žmogaus prigimtį, anot kurio žmonės yra atomai, galintys egzistuoti ir save realizuoti nepriklausomai nuo politinės bendruomenės. ...[Tačiau] liberalizmas negali būti pagrįstas skepticizmu. Jo konstitutyvi moralė numato, jog žmonės jų valdžios turi būti traktuojami kaip lygūs ne dėl to, kad politinė moralė negali atskirti teisingumo nuo neteisingumo, bet dėl to, kad būtent toks traktavimas yra teisingas. Liberalizmas nesi-

remia jokia ypatinga personalumo teorija, taip pat neneigia, jog dauguma žmonių manys, kad jiems yra gerai būtent būti aktyviems visuomenėje. Liberalizmas nėra prieštaringas: liberalioji lygybės samprata yra politinės organizacijos principas, kurio reikalauja teisingumas, o ne individams deramas gyvenimo kelias". Žr. *A Matter of Principle,* 203.

20 „Esama dviejų principų, besivaržančių dėl dėmesio [nelaimingų įvykių kompensacijos teisėje]. Dabar teikiama pirmenybė deklaratyviai individualistiniam principui. Kompensuotiną žalą padariusio asmens teisinė atsakomybė turi būti apribota, kad būtų užtikrinta kokia nors apytikrė koreliacija tarp kaltės laipsnio ir atsakomybės masto. Atitinkamai, remiantis centrine kaltės sąvoka, atsakovas yra teisiškai atsakingas tik už tą žalą, kurią galima reikalauti numatyti *(reasonably foreseeable)*... Tačiau išskirtinis kliovimasis tokiu principu galėtų visiškai nekaltoms ir atlyginimo vertoms aukoms neleisti gauti kompensacijos. Todėl esama konkuruojančio, ne tokio dominuojančio, tačiau įtvirtinto kontrprincipo. Šio reikalavimu, kompensuotiną žalą padarę asmenys yra teisiškai atsakingi už bet kokias tiesiogines savo veiksmų pasekmes, nepaisant to, kad jos galbūt nėra tokios, kurių numatymo galima reikalauti. Nors šis principas tam tikrą laiką klestėjo ir dominavo, dabar jo taikymas varžomas tais atvejais, kai aukos, kaip antai hemofilikai, yra itin pažeidžios: „kompensuotiną žalą padaręs asmuo privalo suteikti pagalbą savo aukai įvykio vietoje"... Kiekvienas iš šių principų yra išvestas – ir įgaliojamas – iš dviejų visiškai skirtingų teisingos demokratinės visuomenės vizijų. Viena pagrįsta individualizmu, reprezentuojančiu pasaulį kaip susidedantį iš nepriklausomų ir savipakankamų asmenų, kurie pasikliaudami savimi planuoja ir užtikrintai vykdo savo gyvenimo planus. Vertybės ir skoniai yra reliatyvūs ir subjektyvūs... Kita vizija kyla iš kolektyvizmo, kuris regi pasaulį kaip sudaromą vienas nuo kito priklausomų ir bendradarbiaujančių asmenų. Pripažindama individų pažeidumą, ji skatina didesnį solidarumą ir altruizmą... Kiekviena iš šių vizijų reprezentuoja tik dalinį ir nepilną socialinio gyvenimo ir jo galimybių vaizdą... Kad ir kokį principą [asmuo] renkasi, tai tiesiog jo pasirinktoji pirmenybė... tam, kuris su juo nesutinka, jis negali pasakyti nieko, kas aną įtikintų". Allan Hutchinson, „Of Kings and Dirty Rascals: The Struggle for Democracy", 1985 *Queen's Law Journal* 273, 281–283.

Daugelio *motto,* populiarių kritinėse teisės studijose, klestėjimas priklauso nuo šio argumento. Pavyzdžiui, šiuo atveju aptinkame tą patį klaidingą liberaliojo „individualizmo", kaip sietino su socialiniu atomizmu ir su „vertybių" subjektyvumu, apibūdinimą, kurį pažymėjome 19-oje išnašoje. Čia – ir pažįstamas išorinio ir vidinio skepticizmo painiojimas, įgalinantis pažįstamą priekaištą, jog liberalai nesuvokia, kad moraliniai įsitikinimai yra „paprasčiausiai" preferencijos, tad žmonės „neturi ką pasakyti" joms paremti. (Nesvarbu, jog liberalai čia pat kaltinami būtent tokios fomos subjektyvizmu.) Dabar mums rūpi prieštaringumo diagnozė: nelaimingus įvykius reguliuojančią teisę sakoma esant ne tik sudėtingą, – dėl to, kad čia funkcionuoja du skirtingi principai, – bet ir prieštaringą, nes šie negali sugyventi, net kaip principai. Tačiau šis teiginys pagrįstas šiurkščia logikos klaida: jis argumentuoja neteisinga linkme. Galbūt tas, kuris laikytųsi keisto ir sunkiai suvokiamo požiūrio, jog žmonės yra visiškai „nepriklausomi ir savipakankami", iš tiesų būtų palankus numatomumo testui teisinės atsakomybės dalykuose. (Liberalus manoma laikantis šio keisto požiūrio, o gal ir būtų galima rasti kokį nors liberalą, kuris tokio požiūrio laikosi. Tačiau vargu ar tai Millio ar Rawlso, ar bet kurio iš kitų filosofų, įtakingų liberaliojoje tradicijoje, požiūris.) Taip yra nebūtinai, nes jis gali manyti, jog hemofilikams reikia, kad jų „nepriklausomi" planai taip pat būtų ginami ir kad „užtikrinti" ir savipakankami asmenys, padarę kompensuotiną žalą, turėtų įsigyti draudimą nuo griežtos teisinės atsakomybės ir pripažinti pasekmes, jeigu to nepadaro. Tačiau bet kuriuo atveju problema ne šitai – klausimas veikiau tas, ar *tik* tas, kuris laikytųsi to keisto požiūrio, galėtų būti palankus tam testui. Kodėl protingesnis asmuo, kuris suvokia, kad „pasaulį sudaro vienas nuo kito priklausomi ir bendradarbiaujantys asmenys", ir kurį jaudina apeliacija į „solidarumą ir altruizmą", turėtų nejausti atjautos neatsargiam vairuotojui, kuris patiria nelaimę – partrenkia hemofiliką, – tokios pačios atjautos, kokią jis jaučia pačiam hemofilikui?

Taigi užtikrintas tų dviejų principų priskyrimas dviem viena kitai prieštaraujančioms visuomenės „vizijoms" yra prokrustiškas ir nepagrįstas. Šie principai yra neapeinami kiekvieno gero atsako į pasaulio sudėtin-

gumą aspektai. Jie skiriasi tik tuo, kaip paskirsto nuostolio riziką tarp dviejų veikėjų, iš kurių vienas turi patirti nuostolius dėl kito veiksmų ar situacijos, ir yra neįtikima manyti, jog tas, kuris skirtingomis aplinkybėmis priima skirtingą sprendimą, tam tikromis aplinkybėmis nuostolį skirdamas veikėjui, o kitomis – aukai, dėl to yra moraliai šizofreniškas. Problema, Herakliui kylanti susidūrus su serija sprendimų, kuriuos aprašo šis kritikas, iš tikrųjų nėra labiau bauginanti nei ta, su kuria jis susidūrė mūsų tekste prieš akimirką, ir galbūt ji netgi yra daug paprastesnė. Jis sukonstruoja du principus: jog žmonės neturėtų būti laikomi atsakingais už tai, kad lėmė žalą, kurios nebuvo galima reikalauti numatyti, ir kad žmonės neturėtų būti pasmerkiami nenaudai, sumažinant teisinės apsaugos lygį, dėl fizinių negalių, kurios nuo jų nepriklauso. Jam nesunku pripažinti, kad delikto teisėje ir apskritai teisėje veikia abu šie principai ir nesunku abu pripažinti abstraktaus principo lygmeniu. Šie principai kartais konkuruoja, tačiau vienas kitam neprieštarauja. Jis klausia, ar tais atvejais, kai jie konfliktavo, praeities sprendimai tą konfliktą išsprendė koherentiškai. Galbūt išsprendė, tačiau kad ir kokį to sprendimo aiškinimą jis pripažįsta, tas aiškinimas greičiausiai iš jo pareikalaus kai kuriuos praeities sprendimus – tuos, kurie patenka anapus tam tikros linijos, – laikyti klaidomis. Galbūt ne: galbūt darni teisinė sistema turi visus tokio konflikto atvejus traktuoti vienodai. Tada jis turi paklausti – dabar jau įprastu būdu, – ar vieno iš principų, iš kurių gali rinktis sistema, galimybę galima pašalinti dermės pagrindais; jeigu nė vieno negalima pašalinti, jis turi nuspręsti, kuris yra pranašesnis asmeninėje ir politinėje moralėje, ir nors kiti nuspręstų kitaip, savaime tatai nėra prieštaravimas jo pasirinkimui.

21 Žr. simpoziumo apie kritines teisės studijas medžiagą: supra 17 išn.

8. BENDROJI TEISĖ

1 Kai kurie teisininkai susigundė pažymėtinu teiginiu, jog vien tik šis principas teikia viską, ko net ir Herakliui reikia, kad galėtų sukonstruoti visa apimančią visų teisės dalių, pradedant konstitucine struktūra ir baigiant įrodymo normomis ir procedūrinėmis detalėmis, interpreta-

ciją. Bendrai apie tai žr.: Richard A. Posner, *The Economic Analysis of Law* (2nd ed., Boston, 1977). Suprantama, šis didingas teiginys turi subliukšti, jeigu subliūkšta ir ribotesnio pobūdžio teiginys, kurį dar svarstysime, – jog jis teikia geriausią netyčinę žalą reguliuojančios teisės interpretaciją.

2 Žr. teisėjo Learnedo Hando šio principo formuluotę byloje *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 164 , 173 (2d Cir. 1947).

3 Žr. Posner, supra n. 1, 10–12.

4 Bendrai apie tai žr. Guido Calabresi, *The Cost of Accidents* (New Haven, 1970); Calabresi, „Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment", 11 *Journal of Law and Economics* 67 (1968); Ronald Coase, „The Problem of Social Cost" 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960). Žr. taip pat Guido Calabresi ir A. Douglas Melamed, „Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).

5 Žr. Calabresi and Melamed, supra n. 4, 1089, 1096–1097.

6 Verta atkreipti dėmesį į tai, kaip šis argumentas teikia paramą – ekonominio principo vardu – „numatomumo testui", kurį pasitelkia 5-oji bei – kvalifikuota forma – 6-oji interpretacijos, svarstomos 7-ame skyriuje.

7 Žr., pvz., debatus dėl aplaidumo kategorijos arba griežtos teisinės atsakomybės nuostatos pasirinkimo pagrindu teisinei atsakomybei pagrįsti ekonominių pasekmių: Posner, supra n. 1, 137–142; Polinsky, „Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting", 70 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 363 (1980). Bendresnį aptarimą rasite: „Symposium: Efficiency as a Legal Concern", 8 *Hofstra Law Review* 485–770 (1980).

8 Žr., pvz., *Union Oil Co. v. Oppen,* 501 F. 2d 558 (9th Cir. 1974).

9 Ankstesnę šio argumento versiją ir tąsą (apie ekonominę interpretaciją) žr. kn. *A Matter of Principle,* 12-ą ir 13-ą sk.

10 Turiu galvoje tai, jog šis čia aprašytasis argumentas yra utilitarinio argumento forma, o ne tai, kad bet koks utilitarinis argumentas privalo būti tokios formos. Kai kurie filosofai, save laikantys utilitaristais, laikosi nuomonės, kad gerovė ar gyvenimo komfortas, kuriuos jie siekia maksimizuoti, toli gražu nėra tiesiog laimės dalykas. Tačiau kadangi yra labai neįtikima, jog materialinės gerovės maksimizavimo teisinė schema mak-

simizuotų gerovę ir pagal kokią nors sampratą, jautresnę nei laimės kategorija kitiems žmogiškojo klestėjimo komponentams, dabartinio argumento kontekste svarstau tik istoriškai įprastesnę utilitarizmo formą, kuri teikia laimei kone išskirtinį vaidmenį fiksuojant gerovę.

11 Žr., pvz., R. M. Hare, *Moral Thinking: Its Levels, Methods, and Point* (London, 1981).

12 Žr. mano „In Defence of Equality", 1 *Social Philosophy and Policy* 24 (1983).

13 Žr. mano „What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", 10, *Philosophy and Public Affairs* 185 (1981) ir „Part 2: Equality of Resources", 10 *Philosophy and Public Affairs* 283 (1981).

14 Robertas Nozickas manė, kad lygybė, vadovaujantis kai kuriomis sampratomis, neišvengiamai bus sugriauta beveik visų rūšių rinkos transakcijų – tai sudaro jo garsiojo Wilto Chamberlino pavyzdžio jėgą (žr. jo *Anarchy, State, and Utopia* 160–164 [New York, 1974]). Tačiau jis turėjo galvoje materialiąją lygybę ir būtų klaidinga tarti, – tai argumentuoju tekste, – kad šią pasekmę lemia kiekviena lygybės samprata, kitokia nei libertarinė samprata.

15 Aš daugiausiai ignoruoju vieną svarbų klausimą, būtent ar – ir kada – mes kaip individai turime teisę laikytis bendros leistinumo nuostatos savo turto panaudos atžvilgiu, kai manome, kad viešoji schema yra negalima apginti pagal jokią įtikinamą lygybės sampratą. Įvairūs argumentai galėtų būti siūlomi pateisinti leistinumo laikyseną net ir šiomis aplinkybėmis. Pavyzdžiui, atsakomybės skirtis, kurią aptarėme tekste, yra bene geriausia strategija pasiekti deramam lygybės lygiui pagal priimtiną sampratą, net kai lygybė dar nėra pasiekta net netobulu pavidalu. Ar galbūt bet kokia kita strategija, kuri nustato nuožmesnes moralines prievoles individams pavieniui, vestų į „viktimizaciją", t. y. suponuotų tokias moralines prievoles, kad bet kuris individas, kuris jas pripažintų, būtų įpareigotas užimti ekonominę poziciją, blogesnę nei ta, kurią jis turėtų pagal tikrai egalitarinę schemą. Ar galbūt daugumos individų sprendimų dėl savo nuosavybės, pavieniui imant, pasekmės yra tokios margos ir nenuspėjamos, kad niekas negali prasmingai siekti savo privačius sprendimus daryti tokiu būdu, kad padaugintų lygybės bendru mastu. Žr. mano „What Is Equality? Part 2", supra n. 13.

16 Bandomieji argumentai šiam pranašumui pagrįsti pateikiami str. „In Defense of Equality".

17 Žr. „What is Equality? Part 2".

18 Čia svarstomas patikslinimas yra jautrus klausimui, kurį palikau atvirą svarstydamas tai, ką vadinau pirmąja problema, susijusia su leistinumo hipoteze *(permissive hypothesis)* (žr. 15-ą išn.). Kas pateisina tai, jog mes, kaip individai, kasdien veikiame taip, tarsi esama nuosavybės distribucija tarp mūsų iš tikrųjų yra pasiekta išteklių lygybė? Aš dabar tariu, jog mūsų atsakymas kokiu nors būdu remiasi strategijos sprendiniais arba apeliuoja į informacijos stygių, todėl ta leistinumo nuostata negalioja ypatingomis aplinkybėmis, kai asmuo žino, jog jo elgesys turės tiesioginį ir prognozuoti galimą poveikį išteklių lygybei, jog vienas sprendimas, kurį jis gali priimti, pagerins padėtį lygybės atžvilgiu, neviktimizuodamas jo paties, o kitas prisidės prie išteklių nelygybės.

19 Žr. „What Is Equality? Part 2", bei *A Matter of Principle,* 17-as sk.

9. ĮSTATYMAI

1 Kadangi politinis sprendimas, kurį Heraklis dabar interpretuoja, yra įstatymas, o ne praeities teisminių sprendimų serija, politinės nuostatos dalykai yra svarbūs jo sprendimui, kokias teises įstatymą derėtų skelbti sukūrus.

2 Nuo jo paties įsitikinimų nepriklausomų atsakymų jis taip pat nerastų žvalgydamasis, ką daro jo kolegos teisėjai, nes jų praktika nevienoda. Jų praktiką jam reikėtų interpretuoti tuo būdu, kurį aprašėme pastaruosiuose dviejuose skyriuose, ir daryti iš esmės tokius pačius sprendinius dėl politinio teisingumo sprendžiant, kuri interpretacija teisminę praktiką parodytų, apskritai imant, geresnę.

3 Palyginkite „intenciško balsavimo" teoriją *(„intention-vote" theory)*, išplėtotą P. Bresto straipsnyje „The Misconceived Quest for the Original Understanding", 60 Boston University Law Review 204, 212–215 (1980).

4 Žinoma, jeigu egzistuotų nustatyta ir įsigalėjusi norma apie tai, kaip turėtų būti interpretuojami įstatymai, tokie kaip Nykstančių biologinių rūšių aktas, norma, diktuojanti, pavyzdžiui, kad teisėjai privalo įstatymą

skaityti „siaurai“, taigi teikti sekretoriui kiek įmanoma mažiau galios, tai kongresmenai, žinoma, turėtų omenyje šią normą prognozuodami, kas su jų įstatymais atsitiks teisme. Jeigu Hermis paklustų tai normai, jis darytų tai, ką jį darysiant tikėjosi teisės leidėjai, tačiau ne dėl to, kad jie to tikėjosi. Kitaip tariant, ta norma paaiškintų tiek tai, kaip Hermis priėmė sprendimą, tiek tai, ką teisėjai numatė, tačiau ji paaiškintų šiuos dalykus kiekvieną nepriklausomai nuo kito. Tačiau tokios normos nesama, todėl Hermiui rūpi legislatyviniai spėjimai ne tiesiog kaip tai, ką atitinka jo sprendimas, bet kaip jo pagrindas. O būtent toks pasirinkimas, kaip aš įrodinėju, būtų autodestruktyvus.

5 Žr. puikų sunkumų nustatant kontrafakcinių teiginių tiesą arba neteisingumą aiškinimą: Nelson Goodman, „The Problem of Counterfactual Conditionals“, kn. *Fact, Fiction and Forecast*, 1–27 (4th ed., Cambridge, Mass., 1983).

6 Neperregimų kontekstų aptarimą žr. kn. W. V. O. Quine, *Word and Object*, 140–156 (Cambridge, Mass., 1960).

7 Integralumas šia forma gali jį versti atmesti interpretaciją, kuri būtų artimesnė konkrečioms įstatymo projekto rengėjo intencijoms. Žr. lordo Denningo atskirąją nuomonę byloje *Macartys Ltd. v. Smith* [1979] 3 All ER 325, 330. Už šį pavyzdį esu dėkingas Sheldonui Leaderiui.

8 Nors integralumas pagal apibrėžimą yra principo dalykas, Heraklis turi teikti pirmenybę tokiam bet kokio pavienio įstatymo aiškinimui, kuris sykiu demonstruoja aukštą politinės strategijos nuoseklumo lygį, nes antraip jo pateisinimas legislatyvinio įvykio neparodytų palankioje šviesoje. Pavienė legislatūra, išleidžianti pavienį įstatymą, veikia nekoherentiškai, jeigu didelę svarbą teikia tam tikrai politinei nuostatai ir taip primeta nuožmią kainą ir naštą, neišvengiamą ją įgyvendinant, tačiau patikslina tą politinę nuostatą, kad išvengtų akivaizdžiai ne tokių svarbių išlaidų ir naštos, nors tai neduoda jokios atitinkamos naudos kokiai nors kitai politinei nuostatai. *A fortiori*, žinoma, Heraklis turi gerbti principo integralumą. Jis turi stengtis išvengti bet ko panašaus į „šaškių lentos“ pateisinimą, kuris kombinuoja prieštaringus principus, kad paaiškintų skirtingas to paties įstatymo dalis. Jis turi šito išvengti, jeigu tai gali padaryti, nenusižengdamas tekstui, net kai įtaria, kad įstatymo tekstas, pa-

siaiškinus istoriškai, pažeidė integralumą, tai yra buvo kaip tik tos rūšies kompromisas, kokį jis turi mėginti ignoruoti įstatyme, kurį konstruoja. Jo kritikai tada sakys, kad jis „vynioja į popierių" *(papering over)* istorinę kontroversiją. Šis komentaras, nors teisingas, nėra joks pamatas kritikai; sakyti, kad istorinis kompromisas dėl teksto sugadino tikrąjį įstatymą, kurį tas tekstas sukūrė, suponuoja klausimą, kurį mes diskutavome visame šiame skyriuje.

9 Jungtinių Valstijų Kongreso atveju aš presuponuoju, jog dvejų rūmų komiteto ataskaitos nėra prieštaringos. Jeigu jos yra prieštaringos, tai jas reikia traktuoti kaip ginčą dėl įstatymo, priimto abejų rūmų, geriausios interpretacijos, o ne kaip politinį viso Kongreso sprendimą ta prasme, kurią aprašėme tekste.

10 Žr. J. L. Austin, „Performative Utterances", jo kn. *Philosophical Papers* 223 (3rd ed. New York, 1979) bei *How to Do Things with Words* (Cambridge, Mass., 1962).

11 Pagrindiniai darbo santykius reguliuojantys teisėkūros aktai Britanijoje buvo ne kartą taisomi tiek konservatorių, tiek leiboristų vyriausybių. Naujesni legislatyvinio tikslo pareiškimai yra geresni gidai net ir tų akto skyrių, kurie nebuvo po to pakeisti, negu ankstesni pareiškimai, tiesiogiai kalbantys apie tuos skyrius. Žr. panašų argumentą apie Amerikos teisėkūrą Aukščiausiojo teismo teisėjo Brennano nuomonėje *Allis-Chalmers* byloje, infra n. 12, 194.

12 Teksto teikiamą kontroversijos apie tai, ar tam tikra frazė yra „neaiški", aiškinimą iliustruoja kontroversija dėl precizijos *(precision)* Civilinių teisių akto byloje *United Steelworkers of America v. Weber,* 443 U.S. 193 (aptariama kn. *A Matter of Principle,* 16 sk.), bei kontroversija dėl žodžių „varžtas ar prievarta" *(restraint or coercion)* byloje *NLRB v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.,* 338 U.S. 175 (1967). Teisėjas Blackas manė, jog pažodinė šių žodžių prasmė yra aiški, o Brennanas juos manė esant „vidujai nepreciziškus". Žr. id., 179.

13 Žr. Allan Hutchison and John Wakefield, „A Hard Look at Hard Cases", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* 86 (1982).

14 Paprasta kompiuterinė šachmatų programa perskaito kiekvieną teisėtą ėjimą, prieš perkeldama kokią nors figūrą. Ji nedaro perskyros tarp lengvų

ir sunkių atvejų. Jeigu karalienė yra *en pris* ir ją išgelbės vienintelis ėjimas, programa vis tiek formaliai svarstys ir atmes kiekvieną iš ėjimų, kurie atvedė į karalienės praradimą. Kitaip negu paprastas kompiuteris, aš pats veikiu kitaip, kai manau, kad atvejis yra lengvas. Aš nesvarstau pasekmių kiekvieno judesio, kuris veda į karalienės nukirtimą; aš tiesiog ją patraukiu iš pavojingos pozicijos. Šitai nerodo, kad aš naudoju antecedentinę perskyrą tarp lengvų ir sunkių atvejų kaip pasirinkimo tašką *(switchpoint)* ir taikau kitokią teoriją, aiškinančią, kas šachmatų ejimą daro gerą lengvaisiais atvejais. Geresni žaidėjai turi instinktą, kuris gali juos įspėti kokiu nors atveju, kurį aš traktuoju kaip lengvąjį, įspėti apie galimybę puikiai sužaisti karalienės figūra. Taigi jie gali svarstyti, bent trumpai, kokius nors ėjimus, kurių aš nesvarstyčiau. Geri žaidėjai ir aš perskyrą tarp sunkių ir lengvų atvejų darome skirtingai ne dėl to, kad naudojame skirtingas teorijas apie tai, kas ėjimą daro gerą, bet dėl to, kad esame nevienodai įgudę taikyti tą pačią teoriją, kuri yra mums bendra.

10. KONSTITUCIJA

1 *Marbury v. Madison,* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

2 Aš nepateikiu jokio argumento šiam paprastam teiginiui pagrįsti; prireiktų atskiros knygos norint tai padaryti. Jis turėtų atsižvelgti, be kitų dalykų, į tai, jog Aukščiausiojo teismo dosjė yra dėmėtas, jog institucijos, kurias aš vadinu mažoritarinėmis, ne visada – kai kurie pasakytų niekada – reprezentavo piliečių daugumos nuomones arba interesus ir kad Teismas kartais naudojo galią, kuri, anot Marshallo, šias institucijas daro labiau mažoritarines nei jos šiaip būtų.

3 Aukščiausiojo teismo teisėjas Johnas Paulas Stevensas neseniai kritikavo kai kuriuos kolegas teisėjus dėl nenuoseklumo. Jie, – sakė jis, – visuotinai laikomi konservatyviais, tačiau radikaliai keitė ištisas konstitucinės teisės sritis, o ne tik sprendė individualias bylas, iškeltas pagrindais, kurie yra ne platesni, nei reikia tai bylai išspręsti. Žr. *New York Times,* Aug. 5, 1984, A1, col. 1.

4 Plg. *Roth v. United States,* 354 U.S. 476, 494–96 (1957) (Warren, C. J., concurring) (Pirmasis papildymas negina obsceniškos medžiagos) ir *Jacobellis v. Ohio,* 378 U.S. 184, 199–203 (1964) (Warren, C. J., dissen-

ting) (nuoroda į „Nacijos ir Valstijų teisę išsaugoti padorią visuomenę") kartu su *Griffin v. Illinois,* 351 U.S. 12 (1956) (iš nepasiturinčių kaltinamųjų negali būti konstituciškai reikalaujama susimokėti už teismo medžiagos nuorašus, prieš gaunant apeliacinę recenziją), *Douglas v. California,* 372 U.S. 353 (1963) (valstija privalo nepasiturintiems kaltinamiesiems užtikrinti advokato paslaugas, įgalinančias teikti apeliaciją), bei *Harper v. Virginia Board of Elections,* 383 U.S. 663 (1966) (nevaržyti teisės balsuoti apmokamai yra nekonstituciška).

5 Žr. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., 1980); M. Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy-making by the Judiciary* (New Haven, 1982); R. Bork, „Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971); Thomas Grey, „Do We Have an Unwritten Constitution?", 27 *Stanford Law Review* 703 (1975).

6 Cituoja Raoul Berger, *Government by Judiciary,* 118–119 (Cambridge, Mass., 1977).

7 Žr. H. Jefferson Powell, „The Origianl Undersatnding of Original Intent", 98 *Harvard Law Review* 885 (1985).

8 Šią perskyrą tarp neperregimo ir skaidraus abstrakčiųjų konstitucinių provizijų perskaitymo tyriau kn. *Taking Rights Seriously,* 134 ff [*Rimtas požiūris į teises*]. Aš lyginau konstitucinę interpretaciją su problema, su kuria susiduria sūnus, kurio tėvas jam nurodė būti teisingam. Aš sakiau, kad tėvas susaisto jį teisingumo *sąvoka,* o ne konkrečia teisingumo *samprata,* kurios tėvas tąsyk laikėsi, duodamas tą nurodymą savo sūnui. Taip pat žr. Dworkin, *A Matter of Principle,* 2-ą sk.

9 Mes turime faktinį pagrindą manyti, jog jie neturėjo šios meta-intencijos. Žr. Powell, supra n. 7.

10 Aš nenoriu pasakyti, kad istorizmas, pagal šį aiškinimą, pats yra konvencionalistinis konstitucinės teisės aiškinimas. Jis negali toks būti, nes mes neturime jokios konvencijos, į kurios eksplicitišką apimtį įeina propozicija, jog kūrėjo konkrečios intencijos fiksuoja konstitucinę teisę.

11 Kadangi šis argumentas prasideda prielaida, jog esame įsipareigoję demokratijai ir kad mūsų rinkimai yra pakankamai demokratiški, kad rei-

kalautų pagarbumo legislatyviniams sprendimams, jis yra ypač silpnas tuo atveju, kai Teismo prašoma nuspręsti, ką Konsitucija laiko demokratija. (Žr. Ely, supra n. 5.) Todėl pasyvistui reikalinga tolesnė perskyra: jam reikia atskirti tas konstitucines provizijas, kurios gina politinio proceso teisingumą, nuo tų, kurios skirtos užtikrinti jo rezultatų teisingumą. Jeigu jis mano, jog, pavyzdžiui, laisvo žodžio teisė arba teisės, garantuojančios lygų traktavimą mažumų grupėms geriausiai interpretuojamos tuomet, kai suvokiamos kaip saugančios Amerikos demokratijos teisingumą, tai jis neturi jokio pagrindo gerbti išrinktųjų pareigūnų nuomonę apie tai, kai šios teisės yra pažeistos. Šis patikslinimas nesužlugdo pasyviojo požiūrio apskritai, nes šis patikslinimas negalioja teisėms, kurios nėra teisingai suprantamos tuo būdu, kaip antai tariamos teisės į abortą arba teisė, sauganti nuo mirties bausmės. Pasyvusis teisėjas, kuris mano, jog šios menamos teisės išreiškia teisiškumą, o ne teisingumą, leis išrinktiesiems pareigūnams spręsti, ar Konstitucija jas tvirtina.

12 Žr. R. Bork, „Neutral Principles and Some Firs Amendment Problems", 47 *Indiana Law Journal* 1, 10 (1971).

13 *Scott v. Sandford,* 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

14 *Lochner v. New York,* 198 U.S. 45 (1905).

15 Žr. Ely, supra n. 5.

16 *Korematsu* byloje (323 U.S. 214 [1944]) Teismas atsisakė ginti japonų kilmės amerikiečius dėl nepateisinamo internavimo II-ojo pasaulinio karo pradžioje.

17 163 U.S. 537 (1896).

18 Žr. *Mc Laurin v. Oklahoma State Regents,* 339 U.S. 637 (1950); *Sweatt v. Painter,* 339 U.S. 629 (1950); *Sipnel v. Board of Regents,* 332 U.S. 631 (per curiam); *Missouri ex rel. Gaines v. Canada,* 305 U.S. 337 (1938).

19 Platesnį šios perskyros aptarimą žr. kn. *A Matter of Principle,* chap. 3.

20 *Brown v. Board of Education,* 349 U.S. 294 (1955).

21 Žr. *Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado,* 413 U.S. 189 (1973); *Milliken v. Bradley,* 418 U.S. 717 (1974) ; *Milliken v. Bradley* 433 U.S. 267 (1977); *Dayton Board of Education v. Brinkman,* 433 U.S. 406 (1977); *Columbus Board of Education v. Panick,* 443 U.S. 449 (1979); *Dayton Board of Education v. Brinkman,* 443 U.S. 526 (1979).

22 Žr., pvz., Chayes, „The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976); Fiss, „Foreword: The Forms of Justice", 93 *Harvard Law Review* 1 (1979).

23 *Regents of the University of California v. Bakke,* 438 U.S. 265 (1978).

24 Jis to nepadarė, leisdamas 1964-ųjų Pilietinių teisių aktą (Civil Rights Act). Žr. *A Matter of Principle,* chap. 16.

25 Id. chap. 14.

26 Id. chap. 15.

27 Žr. Teisėjo Powello nuomonę *Bakke* byloje, 438 U.S. 215.

28 Žr. mano „Reagan's Justice" , *New York Review of Books,* Nov. 8, 1984, ir „Law's Ambitions for Itself", 71 *University of Virginia Law Review* 73 (1985).

29 Kitaip tariant, jis neprimes savo nuomonės konstituciniais pagrindais, kai jo įstatymo konstravimo *(satutory construction)* metodai produkavo išvadą apie tai, ką tas įstatymas, deramai interpretuojant, sako. Tačiau jo įsitikinimai dėl politinės nuostatos turės savo vaidmenį šiame pastarajame sprendime – dėl priežasčių ir tuo būdu, kurie aprašyti 9-ame skyriuje.

30 *Lochner v. New York,* supra n. 14. Nuomonė toje byloje svarstomą klausimą traktuoja kaip principo klausimą – ar kepėjai ir jų darbdaviai turi teisę susitarti dėl ilgesnės darbo dienos, jeigu jie pageidauja. Heraklis būtų atsakęs, jog ta konkreti sutarties laisvės *(freedom)* principo interpretacija, kurią šitai presuponuoja, negali būti pateisinta jokioje racionalioje Konstitucijos interpretacijoje.

11. TEISĖ ANAPUS TEISĖS

1 Šis teisinės praktikos bruožas yra lingvistinio painumo šaltinis. Tam tikromis aplinkybėmis bet koks kruopštus sprendinys apie tai, kokia yra teisė, turi kokiu nors būdu teikti nuorodą į tą teismo lygmenį, kuriame tas klausimas, kaip tariama, kyla. Tarkime, jog teisėjas mano, kad aukščiausias kokios nors jurisdikcijos teismas turi pareigą, kylančią iš teisės kaip integralios visumos, atšaukti precedentą ir taip priimti sprendimą ieškovo naudai, bet kad žemesnis teismas, saistomas griežtosios precedento doktrinos, turi pareigą suteikti galią tam precedentui, taigi priim-

ti sprendimą atsakovo naudai. Jis galėtų pasakyti (tai vienas būdas formuluoti šį argumentą) kad teisė aukštesniam teismui yra skirtinga nuo teisės žemesniam teismui. Arba jis galėtų pasakyti (tai kitas būdas), jog kadangi Aukščiausias teismas turi paskutinį žodį, teisė „iš tikrųjų" *(really)* yra ieškovės pusėje, tačiau ji turi apeliuoti, kad pasiektų, kad ta teisė būtų pripažinta ir įgyvendinta. Teisės leksika – čia kaip ir pagedusių teisinių sistemų atveju 3-iame skyriuje – yra pakankamai lanksti, kad mums leistų aprašyti tą pačią sudėtingą teisinių santykių struktūrą – teisių ir pareigų, galimų įgyvendinti specifikuotomis aplinkybėmis – skirtingais būdais, priklausomai nuo auditorijos, konteksto ir tikslo.

2 Aš praleidžiu progą pakartoti pagrindinę 9-o skyriaus pamoką, skelbiančią, jog substantyvusis integralumas vaidins didelį vaidmenį Heraklio sprendime, kaip skaityti miglotą ar ambivalentišką ar kitokių rūpečių keliančią kalbą šiame įstatyme. Aš čia presuponuoju, kad tekstas, kontekstas ir legislatyvinė istorija yra pakankamai aiškūs, tokie, kad net Heraklio įstatymų skaitymo stilius produkuoja nedermę su likusia teise, kurią aš presuponuoju tekste.

3 *Saif Ali* byla, minima 6-ame skyriuje, 28 išn., gali pasirodyti esanti ankstyvas šios rūšies perspėjimas. Jeigu Heraklis mano, jog integralumas reikalauja pripažinti procedūrinį varžtą toje byloje, kurioje jis skelbia perspėjimą, jis mano, kad tuomet ta teisė yra adresuota advokatui. Tačiau kai perspėjimas jau paskelbtas, to varžto nebelieka, taigi vėlesnėje byloje teisė nebus adresuota advokatui.

Vardų rodyklė

Austin, J. L., 437, 469
Austin, John, 44–47, 121, 151, 450, 451

Bentham, Jeremy, 392, 437, 451
Berger, R., 471
Bickel, Alexander M., 454
Bork, R., 471, 472
Brest, Paul, 467
Burger, Warren, 33, 35, 50

Calabresi, G., 453, 465
Cardozo, Benjamin, 435, 459
Cavell, Stanley, 68–70, 72, 439
Chayes, A., 473
Coleman, Jules, 450, 451
Cover, Robert M., 458

Davidson, Donald, 457

Earlas (teisėjas), 30–32, 34, 35, 41, 48, 50, 52, 55, 142, 170, 377
Ely, John Hart, 471, 472
Eliot, T. S., 439
Erdlich, G., 451
Ewald, William, 11, 453

Fairman, Charles, 436
Feinberg, Joel, 453
Fellini, Federico, 68, 69, 73, 439
Fessler, D., 459
Finnis, John, 12, 437
Fish, Stanley, 442, 444
Fiss, Owen, 473
Frank, Jerome, 435
Frankfurter, Felix, 376

Gadamer, H. G., 67, 73, 438–441
Gavison, Ruth, 436
Goodman, Nelson, 468
Gordon, Robert, 441, 460
Gray (teisėjas), 29, 30, 32, 33, 35, 48, 50, 52, 55, 142, 447
Gray, J. C., 447
Grey, Thomas, 439, 471

Habermas, Jürgen, 438–441
Hand, Learned, 13, 465
Hare, R. M., 466
Haar, C., 459
Hart, H. L. A., 12, 46, 47, 121, 437, 448–451, 471
Hegel, G. W. F., 26, 287

Hayek, F., 452
Holmes, Oliver Wendell, 26, 435, 437
Hutchinson, Allan, 462

Johnson, J. W., 451

Kant, Immanuel, 201, 456
Kennedy, Duncan, 458, 460
Klare, K., 460
Kuhn, Thomas, 439

Langan, P., 451
Leader, Sheldon, 11, 468
Lewis, David, 450, 452
Lyons, David, 450
Lukes, Stephen, 444

Madison, James, 456
Marshall, John, 374
Melamed A. Douglas, 465
Mill, James, 454
Miller, Jonathan, 439

Nagel, Thomas, 186, 445, 454
Nelson, William, 12, 451, 456, 468
Neurath, Otto, 123, 151
Nietzsche, Friedrich, 87
Nozick, Robert, 457, 466

Oakley, John, 11, 436

Parfit, Derek, 443
Perry, M., 471
Polinsky, M., 465
Popper, Karl, 439
Posner, Richard, 465
Postema, G., 452
Powell, H. J., 436, 471
Powell, Lewis, 34, 35

Quine, W. V. O., 439, 468

Rawls, John, 204–206, 442, 454, 456, 460, 463
Raz, Joseph, 12, 442, 447, 448
Rousseau, Jean Jacques, 201, 456

Scarmanas, Iordas, 41, 50, 459
Skinner, B. F., 26
Stevens, John Paul, 470
Sutherland, A., 451
Swift, Jonathan, 453

Tribe, Laurence, 456
Tushnet, Mark, 460, 461

Wakefield, John, 469
Waldron, Jeremy, 11, 456
Walzer, Michael, 443
Warren, Earl, 41, 377
Williams, Bernard, 445, 447
Wittgenstein, Ludwig, 75, 81, 331

Dworkin, Ronald
Dv79
Teisės imperija / Ronald Dworkin:
iš anglų kalbos vertė Karolis Klimka. – Vilnius:
Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla,
2005 – 477 p. – Vardų rodyklė: p. 476–477
ISBN 9986-39-369-8

Ronaldas Dworkinas – vienas iš garsiausių JAV teisės teoretikų. „Teisės imperija" – antroji šio tyrinėtojo studija lietuviškai (pirmoji – „Rimtas požiūris į teises", 2004). Joje nagrinėjama ir teisės samprata, aiškinanti, kas apskritai yra mūsų teisė, ir ją grindžianti politinė teorija, analizuojanti, kodėl mes būtent taip ir ne kitaip turime suvokti savo teisę. Šio veikalo vertimas neabejotinai sudomins ir Lietuvos specialistus, ir studentus, ir plačiąją visuomenę.

UDK 340.12

Ronald Dworkin
TEISĖS IMPERIJA
Redaktorė Teresė Gužauskienė
Dailininkas Romas Orantas
Korektorė Virginija Savickienė
Maketavo Dalia Kavaliūnaitė

2004 10 28. 25,6 apsk. leidyb. l. Užsakymas 84.
Tiražas 2000. 503-oji leidyklos knyga.
Išleido Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla,
K. Sirvydo 6, LT-01101 Vilnius.
www.rsleidykla.lt / info@rsleidykla.lt
Spausdino UAB „Vilniaus spauda",
Viršuliškių skg. 80 LT-05131 Vilnius.

Ronaldas **Dworkinas** (g. 1931) – vienas iš garsiausių šiuolaikinių JAV teisės teoretikų. Studijavo Harvardo ir Oksfordo universitetuose. Nuo 1962 m. dėsto Jeilio, Oksfordo, Londono, Niujorko universitetuose. Britų akademijos ir Amerikos menų ir mokslų akademijos narys. Teisės tyrinėtojai R. Dworkiną vadina „įtakingiausia britų ir amerikiečių teisės teorijos figūra“, o jo darbus apibūdina kaip „monumentalius teisėtyros orientyrus“.

Ronaldas Dworkinas – žymiausias Amerikos teisės filosofas... [*Teisės imperija*] liudija tyrinėtojo reikšmingumą ir atskleidžia jo analitinį išmoningumą, turtingą vaizduotę bei gebėjimą elegantiškai kurti sąvokas. Kiekviena problema imama vertinti naujai, perskaičius, kaip ją aiškina Dworkinas.

JOURNAL OF PHILOSOPHY

TEISĖS IMPERIJA – provokuojanti, įtakinga ir turininga teisės filosofijos, studija, parašyta gyvu ir įtaigiu stiliumi, kuris – jau ne naujiena Dworkino skaitytojams... [Knygoje] nagrinėjama ir teisės samprata, aiškinanti, kas apskritai yra mūsų teisė, ir ją grindžianti politinė teorija, analizuojanti, kodėl mes būtent taip, o ne kitaip turime suvokti savo teisę... Dworkino galutinis tikslas – sukurti šioje srityje ne ką kita kaip vientisą moralinio pagrindimo teoriją – teoriją, kuri vienytų – ar bent jau sietų – asmeninę dorovę, įstatyminį pagrįstumą ir politinį teisėtumą.

GEORGETOWN LAW JOURNAL

CEU ATVIROS LIETUVOS KNYGA

ALK – serija verstinių knygų, kurias leidžia įvairios leidyklos, remiamos Atviros Lietuvos fondo. Serijos tikslas – supažindinti skaitytojus su šiuolaikiniais humanitarinių ir socialinių mokslų veikalais. Šios knygos leidimą ALF remia kartu su Vidurio Europos universiteto Vertimų projektu.

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-39-369-8
9 789986 393696
REKOMENDUOJAMA
KAINA 33,08 Lt